



EDYLENO ITALO SANTOS SODRÉ

ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO
COM A LEI DE IMPROBIDADE EMPRESARIAL

SÃO CRISTÓVÃO – SERGIPE

2016

EDYLENO ITALO SANTOS SODRÉ

ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO
COM A LEI DE IMPROBIDADE EMPRESARIAL

Dissertação apresentada como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR-UFS), Área de concentração Constitucionalização do Direito, Linha de Pesquisa Estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade, para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Daniela Carvalho Almeida da Costa.

SÃO CRISTÓVÃO – SERGIPE

2016

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

S679a Sodré, Edyleno Ítalo Santos
Administrativização do direito penal brasileiro com a lei de
improbidade empresarial / Edyleno Ítalo Santos Sodré ;
orientadora Daniela Carvalho Almeida da Costa. – São Cristóvão,
2016.
167 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de
Sergipe, 2016.

1. Direitos fundamentais. 2. Direito penal econômico. 3. Crime
contra a administração pública. 4. Pena (Direito). 5.
Responsabilidade do Estado. I. Costa, Daniela Carvalho Almeida
da, orient. II. Título.

CDU 342.745:343.2.01

EDYLENO ITALO SANTOS SODRÉ

ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO
COM A LEI DE IMPROBIDADE EMPRESARIAL

Dissertação apresentada como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR-UFS), Área de concentração Constitucionalização do Direito, Linha de Pesquisa Estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade, para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Daniela Carvalho Almeida da Costa.

Aprovada em 24 de fevereiro de 2016

Professora Doutora Daniela Carvalho Almeida da Costa – Orientadora e Presidente

Professor Doutor Henrique Cardoso Ribeiro – Coorientador, PRODIR/UFS

Professora Doutora Andréa Depieri Albuquerque Reginato – UFS (Externo)

SÃO CRISTÓVÃO – SERGIPE

2016

RESUMO

Esta construção apresenta, a partir de análise crítica, a atual situação do direito penal contemporâneo e sua tendência expansionista frente aos direitos fundamentais e ao “Sistema Garantista”, adotado pela Constituição Brasileira. Além disso, aborda o tema intitulado como Crise do Direito Penal Clássico dentro da situação, do que tem sido divulgado na mídia jornalística, como aumento da criminalidade no Brasil, no que se refere, precipuamente, a operações policiais e investigativas de repressão a atos de corrupção, lavagem de dinheiro e outros ilícitos, em detrimento do patrimônio público e social. Por fim, aponta que uma das alternativas escolhidas para o direito penal, a fim de torná-lo mais célere para alguns delitos que envolvam grande repercussão, é aproximá-lo do direito administrativo sancionador, conferindo-lhe características peculiares desse ramo do direito, embora com sacrifício a princípios e regras basilares da ciência penal. Assim, uma das soluções encontradas pelo Poder Legislativo, diante do cenário de intensa movimentação social, em meados do ano de 2013, foi a lei federal ordinária 12.846 de 2013 (de combate à improbidade empresarial). Esta, que juntando-se a outros diplomas legais, pode funcionar como alternativa para que se tenha o direito administrativo sancionador e, diante da rigidez do Sistema Garantista da Constituição Federal, tornar o Estado mais eficaz na persecução de ilícitos que causam enormes prejuízos ao erário.

PALAVRAS-CHAVE: ESTADO; DIREITOS FUNDAMENTAIS; GARANTIAS; DIREITO DE PUNIR; CRIMINALIDADE; GLOBALIZAÇÃO; SANÇÕES ALTERNATIVAS.

RESUME

This construction presents, from critical analysis, the current situation of contemporary criminal law and its expansionist trend against the fundamental rights and “Garantista System”, adopted by the Brazilian Constitution. In addition, it addresses the subject titled as criminal law Classic Crisis in the situation of what has been reported in the news media, such as increased crime in Brazil, as regards, primarily, the police and investigative operations of repression of acts corruption, money laundering and other illegal at the expense of public and social property. Finally, it points out that one of the alternatives chosen for the criminal law in order to make it faster for some offenses involving major repercussions, is to approach it from sanctioning administrative law, giving it peculiar characteristics of this branch of law, albeit with sacrifice the principles and basic rules of criminal science. So one of the solutions found by the Legislature before the intense social movement scene in the mid-year 2013, was the ordinary Federal Law 12,846 of 2013 (to combat corporate corruption). This, that joining odutros legislation, can function as an alternative in order to have the sanctioning administrative law and, given the rigidity of Garantista System of the Federal Constitution, become the most effective state in illicit pursuit causing huge losses to the public.

KEYWORDS: STATE; FUNDAMENTAL RIGHTS; GUARANTEES; PUNISHMENT OF LAW; CRIMINALITY; GLOBALIZATION; ALTERNATIVE SANCTIONS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 Dos Direitos fundamentais e das Normas internacionais.....	15
1.1 Da evolução dos direitos fundamentais.....	15
1.2 Impositividade das normas internacionais de Direitos humanos.....	17
1.3 Da obrigatoriedade das Normas Internacionais.....	20
1.4 O Tribunal Penal e as Normas Internacionais.....	21
1.4.1 O julgamento no Tribunal Penal Internacional.....	23
1.5 Sistemas Internacional e Regional de Proteção aos Direitos Humanos....	26
1.5.1 Justicialização dos Direitos Humanos no Sistema Regional.....	27
1.6 Do reflexo no Direito Nacional.....	29
2 Legitimação interna do Direito punitivo estatal.....	32
2.1 Dos riscos atuais em confronto com o bem jurídico penal.....	37
2.2 Discussão doutrinária sobre a proteção do Direito Penal.....	39
2.2.1 Outras teses.....	42
2.2.1.1 Doutrina monista pessoal.....	43
2.2.1.2 O pensamento pessoal ou dualista.....	44
2.2.1.3 Dos bens jurídicos instrumentais.....	45
2.2.1.4 Doutrina bens jurídicos coletivos.....	47
2.2.1.5 Abandono do bem jurídico: Direito penal do inimigo.....	50
2.3 Direito penal brasileiro e sua constitucionalização.....	55
3 Paradigmas clássico e atual do Direito penal.....	61
3.1 O Direito penal como fenômeno social e do objetivo da pena.....	63
3.1.1 Do sentimento de insegurança social frente aos novos riscos.....	66
3.1.2 A sanção penal como instrumento de segurança?.....	69
3.2 Direito penal contemporâneo: crise e expansão.....	72
3.3 O tipo penal simbólico e a opção do legislativo.....	73

4. Da Administrativização do Direito penal.....	77
4.1 Desafios da contemporaneidade.....	85
4.2 Do fenômeno no cenário nacional.....	89
4.2.1 Antecedentes da Lei de improbidade empresarial.....	90
4.2.2 Da solução encontrada como resposta.....	93
4.2.3 Da opção do Congresso Nacional Brasileiro	98
4.2.4 Da análise da lei 12.846/2013	102
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 113
 REFERÊNCIAS	 117
 ANEXOS	 126

INTRODUÇÃO

Dentre um dos temas mais abordados na atualidade está a intitulada “Crise do Direito Penal”, suas consequências para o Estado Democrático de Direito e, trazendo tal tópico para a realidade do nosso País, que tem uma Constituição que consagrou o garantismo penal (FERRAJOLI) como sua vertente, mais discussões têm sido travadas quanto a função desse ramo do direito diante do surgimento de inúmeros tipos penais, ora com acréscimos dos artigos do Código Penal, ora em leis separadas do estatuto repressivo pátrio.

No cenário nacional, para os profissionais que lidam com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, há esse angustiante quadro da imensurável quantidade de condutas a que, por escolha dos representantes do Congresso Nacional - dentro do que é considerado como política criminal -, tem sido atribuída a característica do mais grave dos ilícitos dos ramos do direito, mas, principalmente, como tem sido largamente divulgado pela imprensa escrita e televisiva, o crescente aumento da violência e da criminalidade, sendo que esses fatores, diante da premissa da violação ao direito (ilícito), também geram consequências sérias para a atividade estatal repressiva dos agentes envolvidos na prática, ou aos investigados, para que se alcance a elucidação de crimes e a autoria.

Assim, a voracidade do legislador para a tipificação penal de certas condutas, ainda que sem um concreto resultado lesivo ao bem jurídico sob proteção do Direito (como um todo), além da intitulada “Crise do Direito Penal” e as consequências dessas vertentes para o Estado Democrático de Direito, têm sido a tônica mais que presente nas discussões acadêmicas, sendo que todos, juristas, profissionais e cientistas, com muito esforço, tentam encontrar, ao menos, uma certa lógica no que deveria ser o resultado da atividade típica legiferante penal.

Principalmente, diante da necessária observância a princípios constitucionais como a

razoabilidade, proporcionalidade entre a conduta e a lesão ao bem jurídico, culpabilidade e muitos outros essenciais para a legitimação do direito penal, num Estado de Direito como é o nosso.

Não podemos olvidar que atualmente vivemos avanços tecnológicos impressionantes e, com isso, tenta o Estado (em sentido amplo) regular as relações resultantes das inovações na área de informática e a denominada “globalização”, muitas vezes valendo-se da caracterização de certas condutas como crimes intitulados cibernéticos, transnacionais, globais.

Os pesquisadores do Direito Penal, ainda tem de se deparar com a aspiração estatal de deter a corrupção, uma prática que tem causado prejuízos consideráveis para a sociedade e a sua própria sobrevivência. A rede mundial de computadores e a enorme facilidade de acesso à informação, transmissão de dados com qualquer parte do planeta, amplia, sobremaneira, o *modus operandi* desta que parece ser um dos grandes males da humanidade.

Certamente, cada um de nós, operadores do Direito, tem ao menos uma recordação recente de notícia ou manchete sobre esses novos conceitos de criminalidade e de Tratados Internacionais entre dois Países para que ocorra a “repatriação” de dinheiro e outros bens desviados de forma ilícita.

Ocorre que, toda norma infraconstitucional (e a lei ordinária penal é uma delas) tem de encontrar fundamento na norma maior do ordenamento jurídico-penal, a Constituição Federal – assim como esta, para sua legitimação, há de ter respaldo no Sistema Normativo Internacional - , sendo que essa diretriz, além da forma como deve se dar a interpretação das normas jurídicas, constitui-se a pauta de nosso trabalho.

O objetivo da presente dissertação é, também, apontar que o Direito Penal clássico, por razões óbvias, não tendo conseguido dar a tão desejada resposta tranquilizadora para a Sociedade Contemporânea, deve levar o Estado, diante da conduta violadora do direito, a lançar mão, cada vez mais, de outros instrumentos que não os típicos do direito repressivo,

sobretudo a pena privativa de liberdade que deve ser utilizada para os ilícitos mais graves.

Além desse, dentre outros objetivos, ainda pretende-se demonstrar o quanto foi dispendioso, para as civilizações contemporâneas, chegar ao atual estágio dos direitos humanos, sendo que muitas Constituições de Estados tidos como Democráticos, inclusive os consagraram na forma escrita, ou seja reconhecendo-os de forma expressa, nos denominados direitos fundamentais dos cidadãos.

Mas, observando-se a realidade prática que vem sendo consagrada, a perspectiva da adoção sem controle do direito penal, para dar resposta ao medo atual do aumento da criminalidade, tem abalado a conquista histórica e fundamental para a humanidade.

Também, é feita a exposição sobre o conflito de paradigmas do direito penal clássico e contemporâneo e as consequências dessa crise com a criação de tipos simbólicos, alimentando, de forma totalmente contrária ao que era esperado, os sentimentos de medo e de insegurança social.

Além disso, almeja-se apresentar, em face da crise do direito penal clássico, os desafios da contemporaneidade tais como globalização, avanços tecnológicos, corrupção, crimes transnacionais, cibernéticos e outros.

Diante desse cenário e considerando a realidade fática do nosso país, como mudança da postura incriminadora e repressiva, aponta-se o surgimento, como produção legislativa especial, da lei ordinária federal de número 12.846/2013, esta, com uma proposta de o Estado aplicar (em face dos vultosos prejuízos à Sociedade), para os casos de violação do direito (ilícitos), sanções administrativas e civis.

Cumprе esclarecer que denominamos a norma em questão por “Lei de Improbidade Empresarial”, tomando por base as reflexões de Valter Santin (2014), uma vez que, assim, temos uma melhor contextualização das condutas administrativas e civis de preservação do

caráter íntegro das pessoas jurídicas no seu relacionamento com a Administração Pública, com inclusive a sua previsão no diploma legislativo.

Oportuna, ainda, é a indagação se seria o escopo da “Lei de Improbidade Empresarial” trazer uma nova diretriz, a ser adotada pelo direito penal clássico, para, ao mesmo tempo que restem asseguradas as conquistas essenciais aos cidadãos, também, possam ser dadas soluções à crise atual, principalmente diante do avanço da criminalidade “globalizada”, envolvendo a corrupção do poder público (com todas as mudanças tecnológicas), além do aumento dos conflitos transindividuais?

Ao longo dos quatro capítulos anteriores às considerações finais, serão apresentadas e discutidas as questões, realizando-se as tarefas a que nos propomos.

No capítulo de abertura será feita, em linhas gerais, a explanação do quadro evolutivo dos direitos humanos, trazendo os remotos fatos marcantes da Europa Ocidental, principalmente de alguns Países como a França e Inglaterra, que contribuíram decisivamente para que o Brasil (e outros países dos demais continentes) tenha adotado o atual modelo de Estado Democrático de Direito.

Também no primeiro capítulo, é apresentado o mecanismo de funcionamento da estrutura da comunidade internacional, processamento nos casos de violação e outras características marcantes do supranacional, fatores que demonstram a consagração da superioridade hierárquica dos direitos humanos, fundamentais ao cidadão frente às normas infraconstitucionais (como o direito penal), inclusive com reconhecimento de imprescindíveis instrumentos para assegurar essa vertente, a saber, a jurisdição constitucional e a (histórica) maior força normativa do texto da lei fundamental brasileira.

De sorte que, tanto no âmbito externo (Sistema Internacional) como no interno (nacional) há que se reconhecer a primazia dos direitos humanos e, principalmente, o princípio da dignidade humana.

Apontada a situação da necessidade de conformação das normas do país às do Sistema Internacional de Direitos Humanos, caberia tecer comentários acerca do direito penal no âmbito interno e sua recepção pela Constituição Federal, tudo a fim de se encontrar a sua legitimidade e, na hipótese de eventual conflito normativo, qual (norma) deverá prevalecer.

Assim, será discutida a questão da legitimidade do Direito de punir estatal em confronto com o que deve ser a tônica dos países civilizados, principalmente após a segunda guerra mundial (e em decorrência das atrocidades nela praticadas).

Tal análise foi feita no segundo capítulo (seção dois), apresentando, inclusive, o contexto da sua constitucionalização, de acordo com o entendimento do órgão da cúpula do Judiciário (a quem foi conferido o poder de dar às normas infraconstitucionais a interpretação – sentido e alcance – conferida pela Lei maior).

No terceiro capítulo (ou terceira seção), será abordado o fenômeno da crise do direito penal, o conflito dos paradigmas da sua versão clássica e o da contemporaneidade, inclusive, com relação a este último, enfatizando que o Estado ao se valer de forma descontrolada do ramo mais repressivo do direito, para tentar dar resposta à sensação de insegurança social e pacificar os conflitos sociais, não observa a constitucionalização do Direito Penal (obediência aos princípios e regras fundamentais) e tem, na verdade, gerado, além de tipos inconstitucionais, outros meramente simbólicos.

Durante esta parte do trabalho será procedida o exame do contexto contemporâneo, quando, sem deixar de mencionar a ampla divulgação da violência e criminalidade tradicional, os avanços tecnológicos, a rede mundial de computadores (a internet), a globalização e a corrupção em larga escala (ao menos, como tem sido divulgado pela imprensa) tem gerado, ao mesmo tempo, o aumento de ilícitos e prejuízos financeiros de enorme vulto, agora, de forma mais sofisticada e com alcance que supera as fronteiras de cada estado.

E que, na tentativa de se deter esse malefício, lança-se mão, como se fosse a única tábua de salvação num naufrágio, do direito repressivo, incriminando as condutas sem se preocupar, na falta de adequados estudos e pesquisas criminológicos, qual o instrumento adequado para tal tarefa e se o resultado será o desejado e proporcional.

No capítulo quarto (ou seção de número quatro) serão discutidas algumas das possíveis soluções encontradas para os problemas já apontados, apresentando a tendência do direito penal da atualidade, ou seja, da aproximação do direito administrativo sancionador, ou mais, ainda, seguindo a linha de Jesús-María Silva Sánchez, a “administrativização” do direito penal, com o Estado optando por sanções diferentes das típicas (que tem na privativa de liberdade a mais severa).

Tal abordagem, procura deixar claro que parte significativa da doutrina não aceita, mesmo com o argumento de dar melhor resposta estatal aos casos que colocam em risco “o contrato social” dos indivíduos societários (HOBBS), a diminuição do alcance atual da conquista tão difícil, os direitos humanos, principalmente quando consagrados na Lei Fundamental do país. Mas, também, que algo precisa ser feito diante das novas condutas ilícitas.

Também são apontados alguns traços da crise político-social brasileira desde meados do ano de 2013, o que o Congresso Nacional acolheu como o campo fértil para a criação da lei 12.846/2013 (e, também, para a de outra lei federal ordinária, a de número 12.850/2013).

Neste cenário, trazemos a realidade do nosso país, também marcado por uma gigantesca atividade na criação de tipos penais, apresentando os primeiros antecedentes da lei 12.846/2013, cotejando-a com a lei 12.850/2013, que tem como data de seu surgimento, no mundo jurídico, apenas um dia após a primeira.

Na sequência, haverá o debruçamento sobre a alternativa, encontrada como resposta

para as manifestações populares, pelo poder legislativo federal, fazendo a análise sobre a opção, principalmente diante do cenário de crise do direito penal contemporâneo e do sistema garantista vigente na Constituição Federal, o qual representa um caráter irrevogável e obrigatório para todo o ordenamento jurídico no que se refere ao direito estatal de punir aqueles que infringiram o que foi estabelecido como crime.

E, finalmente, serão apresentadas as considerações finais.

Diante disso, esta dissertação apresenta, a partir de análise crítica, principalmente, a atual situação do direito penal contemporâneo e sua tendência expansionista frente aos direitos fundamentais e ao “Sistema Garantista”, adotado pela Constituição Brasileira.

Também aborda o que se tem denominado como Crise do Direito Penal Clássico e o contraste dos paradigmas antigo e contemporâneo, dentro do atual contexto da violência e aumento da criminalidade no Brasil, sobretudo considerando o que tem sido largamente divulgado pela imprensa (televisiva e escrita), diariamente, como pertinente a prática de atos de improbidade e lavagem de dinheiro.

Por fim, concluindo com a solução encontrada pelo Poder Legislativo, a lei federal ordinária 12.846 de 2013 (de combate à improbidade empresarial), como alternativa para, diante da rigidez do Sistema Garantista da Constituição Federal, tornar o Estado mais ágil e eficaz na persecução de ilícitos que causam enormes prejuízos ao erário e à Sociedade como um todo.

Para chegarmos aos objetivos traçados será utilizado o método dedutivo. Além disso, o embasamento teórico será alcançado por meio da realização de pesquisa documental e bibliográfica.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS NORMAS INTERNACIONAIS

Antes de abordar o atual contexto do Sistema Internacional das Normas de Direitos Humanos, cumpre trazer a este, considerando o contexto do Estado Democrático de Direito Brasileiro, as idéias de como surgiram as constituições de alguns países ocidentais, qual foi a causa da adoção das normas fundamentais como instrumentos escritos, além da razão dos direitos fundamentais estarem contidos nas maiores normas dos ordenamentos jurídicos nacionais de cada estado-nação, como reflexo do mencionado Sistema.

1.1 DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÉ ALCANÇAR O ATUAL ESTÁGIO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS (CONSTITUIÇÃO GARANTISTA)

Desde o Século XVIII, notadamente depois da Revolução Francesa (1789), com a chegada da burguesia, que esta mais nova classe, ascendente ao poder, pretendeu limitar os demais poderes do rei e da aristocracia e por isso adotou-se a idéia de ser necessário leis escritas e uma Constituição.

Como, característico dos países que adotaram o direito romano, a constituição como documento escrito (diferente do que era antes, onde prevalecia a “vontade” do soberano como lei) - e que fosse superior as demais normas (leis, decretos-reais, etc.) -, sendo esta uma das grandes novidades trazida com o Estado que surgia.

Mas, com o passar do tempo, verificou-se que isso não era suficiente. Tornava-se imprescindível que a “norma fundamental” (a Constituição) também trouxesse a divisão das funções típicas do Estado (denominado Liberal) que despontava: Executivo, Legislativo e Judiciário (como verificamos no nosso direito).

Indicava, ainda, que as funções de legislar, administrar e julgar não deveriam estar concentradas nas mãos de uma só pessoa, para evitar os desmandos ocorridos na época do estado absolutista.

A lei (inclusive a penal), resultado da atividade do legislativo (formado de representantes escolhidos pelo povo para esse fim), deveria ser destinada a todos e, naquele momento, tornava-se garantia da “liberdade”, “igualdade”, inclusive para dar maior legitimidade à classe que acabara de chegar ao poder.

Ao mencionar o avanço, com o decurso do tempo, do alcance do termo “igualdade”, em sua obra sobre Direitos Humanos, PIOVESAN (2013), preceitua:

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula "todos são iguais perante a lei" (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada por critérios como gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia)

Mas, uma vez que foi adotada só a primeira concepção do termo (formal), percebeu-se que a classe dominante e os ideais do estado moderno não asseguravam a “fraternidade” e que a “igualdade” entre os cidadãos era ficta, surgindo, ainda, a necessidade de que se tivesse o reconhecimento de direitos (humanos) tidos como essenciais para os cidadãos, além de instrumentos e órgãos que assegurassem a maior efetividade dos mesmos.

Os direitos fundamentais, como os previstos na Declaração Universal, passaram, cada vez mais, a ser incorporados em textos constitucionais de alguns ordenamentos nacionais (principalmente daqueles Estados que optaram por uma constituição escrita).

Passamos a ver isso, de forma ainda mais destacada, a partir das atrocidades cometidas no segundo conflito mundial, como deixa registrado PIOVESAN (2013):

Na percepção de Richard Pierre Claude e Bums H. Weston, "foi apenas após a Segunda Guerra Mundial- com a ascensão e a decadência do Nazismo na

Alemanha - que a doutrina da soberania estatal foi dramaticamente alterada. A doutrina em defesa de uma soberania ilimitada passou a ser crescentemente contestada, durante o século XX, em especial em face das consequências da revelação dos horrores e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus durante a Segunda Guerra, o que fez com que muitos doutrinadores concluíssem que a soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos.

Os direitos humanos tomam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, e passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. No período do pós-guerra, os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional. A estrutura do contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais se poderia afirmar, no final do século XX, que a forma pela qual o Estado trata seus cidadãos está imune a qualquer responsabilização internacional. Não mais se poderia afirmar no plano internacional que *the king can do no wrong*".

1.2 IMPOSITIVIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Mas, de que maneira se dá essa primazia das normas internacionais sobre o direito nacional?

Para responder a tal questionamento iremos nos valer dos ensinamentos de doutrinadores desse importante ramo da Ciência Jurídica.

Assim, da sua obra intitulada “Direitos Humanos e Justiça Internacional” (PIOVESAN, 2013), extraímos, também, as ideias sobre a estreita relação entre o Sistema Internacional de proteção e a dignidade humana (esta como diretriz para que se possa ter os direitos essenciais ao ser humano, portanto, fundamentais), na forma como nos propomos a desenvolver neste capítulo.

Antes, cumpre dizer que para pensarmos no atual estado dos direitos fundamentais é

forçoso reprisar que tal dimensão só foi alcançada após a segunda guerra mundial.

De fato, com ela (a atual dimensão) verificamos que muitos autores, chegam a apontar a mudança ocorrida no plano internacional apenas no pós-guerra, uma vez que os instrumentos jurídicos anteriores (principalmente por causa da doutrina positivista e da forma como eram compreendidos) serviram, antes, até mesmo para “justificar” regimes totalitários, inclusive na interpretação, adequada para aquele instante, das leis a fim de se chegar aos “crimes”, estes que eram “determinados” pela 'vontade' do representante momentâneo do poder político (ditador, “führer”).

Considerando que, “até em nome da lei,” foram cometidas barbaridades na segunda guerra mundial, cumpre mencionar que o quadro evolutivo desse ideal (incorporando, cada vez mais, nos textos constitucionais, os direitos essenciais aos cidadãos e de assegurá-los, mesmo que em detrimento, inclusive, do próprio estado ou do poder dominante – ideia que prevalece na atual corrente do constitucionalismo -) fez inclusive surgir várias inovações.

Neste sentido, é o ensinamento da eminente autora PIOVESAN (2013):

No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana. Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana [...]

Observa-se, ainda, que a concepção contemporânea de Direitos Humanos – introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993) – em muito influenciou o que se entende como mínimo ético irredutível para o ser humano (dotado de tal dignidade), que deve ser, sempre, considerado em si mesmo, e não como um “objeto” de estudo e análise.

Aponta-se, desta maneira, a existência de regras naturais (como se proveniente do jusnaturalismo), hoje concebidas como “direitos humanos admitidos pelos povos”, dotados das características da irrevogabilidade e irrenunciabilidade.

Essas “normas” que compõem uma ordem jurídica universal, funcionam como regras que se apresentam como o instrumental mínimo a ser observado para a legitimação do próprio direito positivo (nacional).

Também constatamos uma grande influência do sistema (do Direito Internacional) sobre a então emergente Teoria da Constituição da época - pós segunda guerra - (sendo que o fenômeno ainda continua inspirando o constitucionalismo contemporâneo).

Ora, uma vez que há de um lado a emergência (ou o surgimento) do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, de outro, o defluir (ou o aparecimento) da nova feição do Direito constitucional ocidental (aberto a princípios e valores com ênfase no valor primordial da dignidade humana), podemos dizer que, no âmbito do Sistema Jurídico Internacional, é que começa a ser delineado o sistema normativo de proteção dos direitos humanos mas também ocorre a sua projeção no direito positivo (interno) dos Estados.

É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado (inclusive a pretensão punitiva que surge quando da ocorrência do ilícito penal), mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos.

Disso podemos deduzir que o fundamento de todas as mudanças contemporâneas é o esforço de reconstrução dos Direitos Humanos do Pós-guerra e que é bastante forte o liame do direito constitucional com o direito internacional.

Mais ainda, não é despiciendo reconhecer que os Direitos Humanos (articulados

dentro do sistema internacional) tem relevante papel nas Organizações Internacionais e fornecem o enquadramento razoável para o constitucionalismo (principalmente na elevação da dignidade humana a requisito ineliminável de todo o direito nacional).

As Leis Fundamentais, como a nossa, estão cada vez mais vinculadas a princípios e regras de Direito Internacional, servindo estes como verdadeiros parâmetros de validade da constituição de um país, tendo esse direcionamento efeitos concretos facilmente avistáveis no cotidiano da contemporaneidade.

1.3 DA OBRIGATORIEDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS

Em face do exposto no tópico anterior, forçoso compreender que não há como se ter, por parte de qualquer País, a abstenção de algumas regras básicas do Sistema Internacional, tais como a fiel observância a princípios materiais de política e de direito internacional, aplicáveis aos nacionais pelo seu próprio Estado (como também aos estrangeiros, que estão em trânsito pelo País).

Sem mencionar, a irrecusável primazia do valor da dignidade humana (como paradigma e referencial ético), ou seja, como verdadeiro super princípio a orientar o constitucionalismo da atualidade, passamos a ter várias consequências lógicas.

Assim temos, de logo, a relativização da soberania absoluta do estado (mudança do paradigma Hobbesiano para o Kantiano – ou seja, o foco deixa de estar na soberania estatal –) mas, também, a renúncia das liberdades individuais dos componentes do grupo social, a fim de que o ente estatal pudesse, através de normas e sanções, assegurar a paz - passando a ser o foco centrado na “cidadania universal” (esta, acima do Estado Nacional).

Também verificamos a cristalização da idéia de que o ser humano (individual e

coletivamente considerado), tem direitos protegidos na esfera internacional, em face da universalização dos direitos humanos, devendo haver ainda um sistema interno de proteção (inseparável, pela indivisibilidade do sistema como um todo, do internacional). E isso, tanto para condições civis e políticas como para sociais e econômicas da humanidade.

Cabe registrar que a Declaração Universal de Direitos Humanos Fundamentais (Organização das Nações Unidas - ONU, de 10.12.1948), funciona como verdadeiro lastro axiológico ao Sistema Internacional de Direitos Humanos, tendo como fatores o universalismo (da declaração) e este “mínimo ético indisponível, irreduzível ou ineliminável do ser humano” (apontado pela dignidade humana).

1.4 O TRIBUNAL PENAL E AS NORMAS INTERNACIONAIS

Com grande discussão, levanta-se, ainda, a questão sobre a criação de um órgão internacional para analisar os casos de violação dessas normas universais, sem mencionar o alcance das mesmas, principalmente no que diz respeito à capacidade de um órgão para sua elaboração, conteúdo e campo de incidência delas, além da força para aplicação das mesmas, entre outros.

Então, surgiria o fundamento para se ter um órgão como um Tribunal Penal Internacional, em posição de destaque quanto aos Estados Nacionais e valendo-nos, mais uma vez da lição de PIOVESAN (2013), trazemos o histórico e alguns traços característicos desse órgão de jurisdição internacional:

Em 17 de julho de 1998, na Conferência de Roma, foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por 120 votos favoráveis, 7 contrários (China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. Em 1º de julho de 2002, o Estatuto de Roma entrou em vigor. Até junho de 2012, 121 Estados o haviam ratificado.

Desde 1948, com a adoção da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, era prevista a criação de uma Corte Penal Internacional. Passados 50 anos, em 1998, foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional; que cria, ineditamente, uma Corte de caráter permanente, independente e com jurisdição complementar às Cortes

nacionais.

O Tribunal Penal Internacional permite limitar a seletividade política até então existente. Como visto, os Tribunais ad hoc, criados na década de 90 para julgar os crimes ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, basearam-se em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para as quais se requer o consenso dos 5 membros permanentes, com poder de veto, nos termos do artigo 27, § 3º, da Carta da ONU. Ao contrário, o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o princípio da universalidade, na medida em que o Estatuto de Roma se aplica universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais perante o Tribunal Penal, afastando a relação entre "vencedores" e "vencidos".

E, para a eminente Professora, o objetivo de tal Corte seria, justamente, o de assegurar a responsabilização dos infratores dos direitos humanos, sobretudo quando o sistema jurídico-penal de um Estado Nacional mostre-se frustro, como podemos deduzir da sua lição, PIOVESAN (2013):

[...] o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às Cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o artigo 12 do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação (grifos nossos).

Sobre a abrangência das hipóteses, que dão ensejo a atuação subsidiária da Corte Internacional Penal, encontramos em vários documentos internacionais, a exemplo do artigo quinto do Estatuto de Roma, que aponta a competência do Tribunal para o julgamento de vários delitos.

Também, de forma mais específica, a previsão quanto ao crime de genocídio, sendo que este se encontra previsto no artigo segundo da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948.

Sem olvidar da descrição típica dos delitos contra a humanidade, inclusive os provenientes de ataques generalizados e sistemáticos em face da população civil, nas formas de homicídio generalizado, extermínio, escravidão, deportação, encarceramento, tortura, violência sexual, estupro, prostituição, gravidez e esterilização forçadas, banimento forçado, regimes de separação, entre outros crimes que atingem de forma imensurável a integridade física ou mental.

Também, os delitos de guerra (compreendendo as violações ao Direito Internacional Humanitário, especialmente às Convenções de Genebra de 1948 e 1949).

E, por fim, os crimes de agressão (estes, ainda, pendentes de definição, nos termos do artigo quinto, 2, do Estatuto de Roma).

1.4.1 O JULGAMENTO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Mas, não bastava só a criação da Corte Constitucional, era necessário conferir a ela a autonomia e o mecanismo para, diante da obrigatoriedade das normas internacionais, poder responsabilizar os agentes causadores de graves violações às regras de proteção aos direitos humanos, sendo o mecanismo apontado pela professora PIOVESAN (2013):

O exercício da jurisdição internacional pode ser acionado mediante denúncia de um Estado-parte ou do Conselho de Segurança à Promotoria, a fim de que esta investigue o crime, propondo a ação penal cabível, nos termos dos artigos 13 e 14 do Estatuto. Pode ainda a própria Promotoria agir de ofício, nos termos dos artigos 13 e 15.

Considerando que a Corte Internacional é complementar à jurisdição penal nacional, o artigo 17 do Estatuto prevê os requisitos de admissibilidade para o exercício da jurisdição internacional. Dentre tais requisitos se destaca a indisposição do Estado-parte (quando, por exemplo, houver demora injustificada ou faltar independência ou imparcialidade no julgamento) ou sua incapacidade em proceder à investigação e ao julgamento do crime

(quando houver o colapso total ou substancial do sistema nacional de justiça).

Impende registrar que, como asseverado pela autora, as normas internacionais são aplicáveis, de forma isonômica, para todas as pessoas, não havendo quaisquer distinções por causa de cargo que ocupa (seja oficial ou não).

Podendo até mesmo alcançar um Chefe de Estado ou um Chefe de Governo, pois nenhum deles, estará imune, de qualquer maneira, da responsabilidade penal pelos atos por eles praticados. E, tampouco, o fato de estar no exercício de cargo de qualquer escalão do direito nacional, implicará na redução da sanção.¹

Como ocorre com a previsão constitucional da lei fundamental brasileira, aos acusados devem ser asseguradas as garantias (além da ampla defesa e contraditório) de um tratamento dentro dos parâmetros da justiça (e da legalidade) em todas as etapas do procedimento (de forma idêntica ao nosso devido processo legal).

A proficiente autora, ao falar sobre o processamento das denúncias junto a Corte Internacional, transmite-nos dados de que o órgão internacional tem sido muito utilizado, por

1 PROCESSAMENTO DO CHEFE DE ESTADO – SUDÃO. Aponta, em sua obra PIOVESAN (2013), inclusive um julgado no qual há a imposição de sanção a maior autoridade de País da África:

Em 31 de março de 2005, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução n. 1.593, determinando que os suspeitos de crimes de guerra na região de Darfur, no Sudão, serão julgados pelo Tribunal Penal Internacional.

Em 6 de junho de 2005, foi instaurada pela Promotoria investigação sobre a situação em Darfur. Segundo Relatório da Promotoria, foram entrevistadas vítimas ao redor do mundo, em 17 países, sendo reunidos cerca de 100 depoimentos. Os depoimentos não foram colhidos em Darfur, por razões de segurança e proteção das testemunhas. Após 20 meses de trabalho, em 27 de fevereiro de 2007, a Promotoria encaminhou à Câmara de Instrução petição instruída com provas e requerendo notificação para comparecimento de Ahmad Muharnmad Harun, ex-Ministro de Estado de Interior do Governo do Sudão, e Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, suposto líder da milícia conhecida como Ali Kushayb. A Promotoria concluiu que há indícios suficientes de que ambos, Ahmad Muhammad Harun e Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, são responsáveis por 51 casos de crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Tais crimes foram cometidos durante ataques ao vilarejo de Kodoom, e nas cidades de Bindisi, Mukjar e Arawala, a oeste de Darfur, entre agosto de 2003 e março de 2004. Em 2 de maio de 2007, foi expedido mandado de prisão em face dos acusados. Em 15 de julho de 2008, a promotoria do Tribunal Penal Internacional solicitou ordem de prisão contra o presidente do Sudão, Omar Al-Bashir, acusado pela prática de crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos na região de Darfur. Segundo a ONU, o conflito em Darfur já deixou mais de 300 mil mortos e 2,5 milhões de refugiados. Em março de 2009, o Tribunal Penal Internacional expediu mandado de prisão em face de Omar Al-Bashir, o primeiro mandado expedido pelo Tribunal contra um presidente em exercício.

cidadãos de diversos países (por exemplo, até o ano de 2006, mais de cem).

As denúncias recebidas passam pela Promotoria do Tribunal Penal Internacional, sendo que muitas delas são rejeitadas (cerca de oitenta por cento), por serem consideradas como situações fora da jurisdição da Corte, mas, como aconteceu em 2004, após criteriosas avaliações, já se decidiu pela instauração de investigações na África, estas que foram iniciadas pelos próprios Estados, a saber, a República da Uganda e a República Democrática do Congo (e, infelizmente, ainda hoje, ainda assistimos a noticiários sobre os graves crimes praticados contra os civis nestes Países).

E quanto às sanções, importante ressaltar que, conforme nos foi passado, pela autora, a regra, como estabelecido nas normas internacionais, é a pena privativa de liberdade, limitada ao máximo de 30 anos, como acontece com o prazo máximo de cumprimento de pena no nosso País

Entretanto, admite-se, por exceção, a prisão perpétua, quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado (artigo 77 do Estatuto de Roma).

Além da pena privativa de liberdade (sanção de natureza típica penal), como ocorre também no sistema jurídico brasileiro, poderá a Corte também impor sanções de natureza civil, objetivando a reparação às vítimas e aos seus familiares (artigo 75 do Estatuto de Roma).

Constatamos, assim que, quando da ocorrência da violação aos direitos essenciais do ser humano, as normas internacionais autorizam a Corte Penal, no julgamento do caso concreto, a poder se utilizar tanto da justiça retributiva (aplicando pena individualizada ao infrator) com da reparatória (ressarcimento à vítima ou a seus familiares

1.5 SISTEMAS INTERNACIONAL E REGIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Questão interessante é a de saber quanto a ocorrência de eventual duplicidade de aplicação das normas supranacionais, uma vez que há a superposição de um Tribunal Internacional (Organização das Nações Unidas - ONU) e, do outro, Cortes Regionais (como exemplo a da Organização dos Estados Americanos - OEA), mas a atividade de cada órgão jurisdicional, partindo como referência do local para o global, é complementar ou supletiva, sucessivamente, de forma que, não havendo a atuação do sistema local, dar-se-á a do órgão do regional e, por fim, a do universal, como nos assevera PIOVESAN (2013):

Consolida-se, assim, a convivência do sistema global- integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais Convenções internacionais - com instrumentos do sistema regional de proteção, integrado, por sua vez, pelos sistemas europeu, interamericano e africano de proteção aos direitos humanos.

[...]

Cada um dos sistemas regionais de proteção apresenta aparato jurídico próprio. O sistema europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estabeleceu originariamente a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Com o Protocolo n. 11, em vigor desde novembro de 1998, houve a fusão da Comissão com a Corte, com vistas à maior justicialização do sistema europeu, mediante uma Corte reformada e permanente.

[...]

Quanto à convivência dos sistemas global e regional, relatório produzido pela Commission to Study the Organization of Peace acentua: "Pode ser afirmado que o sistema global e o sistema regional para a promoção e proteção dos direitos humanos não são necessariamente incompatíveis; pelo contrário, são ambos úteis e complementares. As duas sistemáticas podem ser conciliadas em uma base funcional: o conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto global como regional, deve ser similar em princípios e valores, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é proclamada como um código comum a ser alcançado por todos os povos e todas as Nações. O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra.

O que inicialmente parecia ser uma séria dicotomia- o sistema global e o sistema regional de direitos humanos -tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional.

Como nos lembra, a nobre autora, para a nossa realidade (sul-americana) no Sistema Regional temos como uma das mais importantes normas, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, esta que traz como previsão expressa a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

Assim, podemos deduzir que os sistemas universal e regional não são duas espécies distintas e estanques, mas, ao contrário, são supletivos e complementares.

Registrando-se que são movidos pelos valores dos direitos humanos (universais), além dos princípios da Declaração Universal e, por isso, formam o conjunto, a forma, o instrumento da guarida dos direitos humanos no plano internacional, regional e local. Vale dizer, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos se inter-relacionam, proporcionando o benefício dos indivíduos a serem protegidos.

A razão da existência simultânea de diferentes instrumentos jurídicos – assegurando os mesmos direitos humanos universais - é, assim, aumentar e robustecer a proteção destes (mínimos essenciais aos seres humanos).

Valendo-nos do pensamento de BOBBIO sobre o que devemos ter como mais relevante para os direitos humanos, o que mais importa é o grau de efetividade da proteção (e não só a existência dela), por consequência, a diretriz a ser seguida é a de, sempre, aplicar-se o direito que, no caso concreto, melhor garanta a proteção à vítima de violência dos direitos humanos.

1.5.1 JUSTICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA REGIONAL

Outra questão importante, sobre o tema da primazia dos direitos essenciais ao ser humano sobre o do positivo nacional, é a da justicialização deles (dos direitos humanos).

Como nos ensina PIOVESAN (2013), é a partir da concepção global das normas

internacionais de proteção dos direitos humanos que se pode compreender como ocorre o mecanismo de se apresentar uma demanda no âmbito de uma Corte (seja regional ou internacional). A esse fenômeno denominamos justicialização dos direitos humanos no plano supranacional, e a autora o explicita, assim:

Para enfocar o processo de justicialização dos direitos humanos nos sistemas regionais, importa enfatizar que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos envolvem quatro dimensões:

- 1) fixam um consenso internacional sobre a necessidade de adotar parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos (os tratados não são o "teto máximo" de proteção, mas o "piso mínimo" para garantir a dignidade humana, constituindo o "mínimo ético irredutível");
- 2) celebram a relação entre a gramática de direitos e a gramática de deveres; ou seja, os direitos internacionais impõem deveres jurídicos aos Estados (prestações positivas e/ou negativas), no sentido de respeitar, proteger e implementar os direitos humanos (a obrigação de respeitar os direitos humanos demanda dos Estados que se abstenham de violar direitos; a obrigação de proteger demanda dos Estados que evitem que terceiros (atores não estatais) afrontem direitos; por fim, a obrigação de implementar demanda dos Estados que adotem todas as medidas necessárias para a realização dos direitos humanos;
- 3) instituem órgãos de proteção, como meios de proteção dos direitos assegurados (por exemplo: os Comitês, as Comissões e as Cortes); e
- 4) estabelecem mecanismos de monitoramento voltados à implementação dos direitos internacionalmente assegurados (por exemplo: os relatórios, as comunicações interestatais e as petições individuais) – (grifo nosso).

Assim, como não resta outra alternativa ao Estado integrante de Organismos Internacionais, tendo estes instrumentos de coerção tamanha força, acaba-se por admitir, nas normas fundamentais, os valores e princípios dos direitos humanos (inalienáveis, indisponíveis e inelimináveis), seja expressamente, na forma escrita, em direitos e garantias fundamentais (gravados como cláusulas pétreas, ou seja insuscetíveis de diminuição por um poder reformador) ou deixando-se espaço para que eles sejam, livremente, incorporados nos textos constitucionais (na atividade interpretativa de órgãos nacionais que tem a função de interpretar as normas da lei fundamental).

1.6 DO REFLEXO NO DIREITO NACIONAL

Falando sobre este último aspecto (espaço aberto para inserção de outros direitos essenciais ao ser humano), temos que ele é que faz surgir conceitos como o de constituição aberta, a exemplo da nossa, que traz, expressamente, a advertência de que os direitos fundamentais nela previstos, não excluem outros a que o Estado Brasileiro venha reconhecer em tratados e convenções internacionais (artigo quinto, parágrafo segundo, da Constituição Federal).

Eis o motivo pelo qual, inclusive para o Direito Penal e Processual Pátrio, devem, obrigatoriamente, ser observadas normas cogentes (impositivas) como a do Pacto de São José (Costa Rica) – Convenção Interamericana de Direitos Humanos -, Tratado Internacional ratificado pela República Federativa Brasileira, sendo o judiciário, na sua função de jurisdição constitucional, o órgão designado pela Lei Fundamental para assegurar essa dimensão dos direitos (principalmente os essenciais ao cidadão – com traços do sistema garantista -), também sediados na Lei Maior do País.

Forçoso, também, deduzir que, por estarem os conceitos intrínseca e reciprocamente ligados, não se pode falar em uma jurisdição constitucional - instrumento legítimo para que haja a garantia de direitos mínimos ao cidadão (e assim da vertente para conferir essa máxima efetividade das normas constitucionais) - sem o reconhecimento dos direitos fundamentais, principalmente no estágio atual.

Também, em face do atual estágio e do que se entende como Estado Democrático de Direito (e a República Federativa do Brasil é um modelo dele, como está disposto no artigo primeiro da Lei Maior), as dimensões dos Direitos Fundamentais e da própria Constituição (da sua supremacia, além da força normativa), não se pode olvidar que a jurisdição constitucional, no nosso país, ocupa um espaço privilegiado e inédito de atuação.

Endossando esta característica (destaque da Jurisdição Constitucional), além da prevalência do Estado Democrático de Direito, a autora, PIOVESAN (2013), assim se expressa:

A consolidação do Estado de Direito nos planos internacional, regional e local demanda o fortalecimento da justiça internacional. Isto porque no Estado Democrático de Direito é o Poder Judiciário, na qualidade de poder desarmado, que tem a última e decisiva palavra, sendo essa a afirmação do primado do Direito.

Alargou-se, notadamente, o espaço para a interpretação jurisdicional, inclusive em processos “silenciosos” de definição do alcance literal dos dispositivos como a mutação constitucional e da “interpretação conforme” (com ou sem redução de texto escrito) das normas contidas na própria Constituição, variando de acordo com o entendimento de órgãos como o Supremo Tribunal Federal (de forma concentrada), mas também dos demais integrantes do judiciário, dentro do controle de constitucionalidade difuso.

Embora, os autores mencionem que a tarefa interpretativa deva levar em conta, ao máximo, os dispositivos da Lei Fundamental Magna, percebe-se, além disso, o mandamento, como opção clara adotada pelo constituinte, da supremacia e imediatidade dos direitos essenciais aos cidadãos.

Mas que, também, pode ocorrer o acréscimo de outros direitos fundamentais, principalmente à luz do resultado da combinação dos dois primeiros parágrafos, do artigo quinto, da Constituição Federal (sendo o rol literal, nele contido, não exaustivo):

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Como podemos verificar, a Lei Fundamental não se restringiu a positivar direitos individuais, marcando-os com a cláusula de fundamentalidade, sob aspecto de um direito puramente interno (nacional). Ela avançou muito mais, reconhecendo juridicamente os direitos humanos como diretrizes a serem obrigatoriamente acatadas pelo Estado Democrático

de Direito Brasileiro.

Apresentadas essas situações, inclusive quanto ao presente contexto em que se encontram os Direitos Fundamentais, cabe trazer a este cenário algumas ponderações sobre a atual situação do direito penal, o reflexo que o mesmo tem nos direitos fundamentais e a recente situação política e social do País.

Não olvidando os antecedentes para o surgimento de uma lei que traz como objetivo combater a improbidade empresarial (com medidas outras que não as típicas do direito penal clássico) e se essa nova vertente tem o condão de alterar as conquistas das normas insculpidas na nossa “Constituição Garantista”, salientamos que todo nosso estudo observa, como princípio fundamental, a premissa de que a aplicação de uma sanção penal deve ser a última alternativa do Direito.

2 DA LEGITIMAÇÃO INTERNA DO DIREITO PUNITIVO ESTATAL

Sem sombra de dúvidas, uma das tarefas mais difíceis para a doutrina penal, considerando-se as diversas sanções previstas nos ordenamentos jurídicos de cada estado nacional – desde a aplicação das penas pecuniárias, as de privação de liberdade, entre outras - é a de dar legitimação, ou seja, a de fazer a justificativa para a atuação estatal quando ocorre o que o próprio estado convencionou como ilícito.

De logo, como podemos ver com GUZELLA (2008), aponta-se que as particularidades de cada país, os seus costumes, tem reflexo na definição da conduta tida como delituosa, não olvidando, ainda, do momento histórico em que surge, no ordenamento jurídico, a figura típica.

Com efeito, o ser humano (e a norma jurídica que é criação do seu trabalho intelectual) está inserido nos fatos históricos contemporâneos a ele, assim, como com o direito penal, não podia ser diferente, acaba-se, também, por reconhecer episódios, fatos inerentes aos acontecimentos vividos daquele contexto específico.

Seguindo um traço evolutivo quanto aos fatores legitimadores (de determinados condutas serem eleitas como ilícitas), temos que, já na alta Idade Média, como o estado jurídico do indivíduo tinha como fatores determinantes a família e a comunidade a que estava vinculado (o clã), era considerado, como o maior dos delitos, a traição e justamente, por isso, preponderava uma concepção de justiça privativista do direito penal (até porque o estado nacional, da era moderna, ainda não existia). A justiça era não oficial (privada) e retributiva, dando-se preferência a sanções pecuniárias.

Essa prática dava ensejo a um sentimento geral de insegurança e incertezas, que veio começar a ser melhorada quando (apontando-se, como lapso temporal, a baixa Idade Média) consideráveis pleitos por maior segurança e para tornar mais plausível o crescimento de

relações comerciais, registrou-se que o direito embrionário penal, passou a se voltar à proteção de outra classe que não a dos aristocratas, dos nobres e das suas famílias.

Já com o declínio do feudalismo, após o século XIII, e, ainda, com o fortalecimento e a centralização do poder nas mãos dos reis recém-surgidos, o direito (também o penal), reunido na palavra real, evolui para uma progressiva publicização.

Inicia-se, então, um direito repressivo como um sistema complexo, em que de um lado “público”, dado à influência da Igreja Católica na Idade Média (e graças ao direito canônico), ocorreu transferência à autoridade real do *ius puniendi* e, por isso, reputa-se o delito como uma violação à toda a comunidade nacional unida à figura do monarca. O direito utiliza-se principalmente do processo inquisitório.

Mas, por outro lado, paralelamente a este direito penal, digamos oficial, coexiste um direito penal de autotutela (ainda resquício daquela característica da retributividade), o qual perdurou até o total recrudescimento do absolutismo monárquico (Idade Moderna).

Há que se reconhecer, no entanto, o avanço de que a norma penal passa a ser instrumentalizada politicamente (ao invés do que era usado, antes, para legitimar o crime como na imprecisão do que se entendia como “vontade divina”), passando, a sanção, a ter a característica (predominante, desde então) de prevenção geral, embora com a marca do “terror direcionado aos súditos”, tanto que o auge das reprimendas era alcançado nos delitos contra o monarca, ou seja, nos de “lesa majestade”.

Coube ao jusnaturalismo (não religioso), uma vez preocupado em suplantar a concepção teocrática predominante, bem como em fundamentar a legitimação das instituições públicas, apenas no direito natural e na razão humana, dar sequência ao progresso jus filosófico.

Assim, já no século XVIII, verifica-se que, efetivamente, como influência do

movimento iluminista, os direitos naturais do homem são postos como a base do direito e do Estado.

Então, fica estabelecido, como premissas essenciais, a racionalização do sistema do direito (inclusive do penal), o que faz com que o ramo que tem as maiores sanções, assuma ser um mecanismo útil na prevenção dos delitos, mas também, no combate à arbitrariedade na aplicação da justiça, e como, não poderia deixar de ser, na consagração das faculdades, que por ser inerentes a própria condição humana (pela natureza), são pertencentes a todo o homem.

A limitação da pretensão punitiva estatal, pela então teoria recente do contrato social, carregou consigo o reconhecimento do princípio da legalidade, sendo que é esta característica do direito penal, agora, não mais atrelada ao poder do rei, que nos possibilita conceber, também, a elaboração do que seria um dos elementos imprescindíveis do delito. Sendo este, pois, o germen do que entende como bem jurídico penal.

Com efeito, a doutrina iluminista, ao estabelecer que o delito era uma lesão a um direito subjetivo individual, ou da comunidade, afastou do direito repressivo estatal, a possibilidade de haver punição (típica deste ramo do direito) a atos humanos que atentassem só contra a moral (ou aos bons costumes, ou à ética) ou apenas violadores dos princípios religiosos, principalmente se estes não dessem ensejo a resultados danosos a uma pessoa certa, determinada, ou a uma instituição pública (seus bens, seus direitos).

Não podemos deixar de reconhecer que devemos, a essa importante conquista, a possibilidade de ter o desenvolvimento de uma Ciência do Direito Penal, com lastro na doutrina do bem jurídico penal, sendo em razão dele, como espécie elementar do conjunto dogmático penal, apresentados vários estudos, discussões e teorias, inclusive nos séculos seguintes.

Buscando a linha de defesa desta dissertação, como será apresentado mais adiante,

apontamos que alguns doutrinadores, como LISZT, chegam até a reconhecer que existem bens jurídicos não só pessoais, individualizados (ou determinados), mas coletivos (e, por que não dizer, na linguagem adotada pelo direito do consumidor pátrio, difusos ou individuais homogêneos), sempre guardando conexão com os interesses individuais (da mesma origem dos sociais).

Neste mesmo entendimento, SILVA (2015) aponta que, de forma ampla, BINDING, em sua Teoria das normas, entende o bem jurídico penal “como tudo o que, aos olhos do legislador, tivesse valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos”.

Entretanto, como grande inovação, quanto ao bem jurídico, que é tido como elemento essencial - (do direito penal), legitimador da atuação punitiva do estado para protegê-lo, atribuindo a determinadas condutas, a característica de tipos penais -, podemos registrar que houve, no início do século passado (e, até hoje, ainda, há desdobramentos), uma tendência à alteração do entendimento do que é compreendido como tal (bem jurídico). Esquece-se de tê-lo como um interesse concreto e prévio à norma, convertendo-o num instrumento de interpretação (atividade cognoscitiva do aplicador da lei).

Então, ele (o bem jurídico penal) passa a se constituir a razão legal das normas de direito penal, não se confundindo com interesses ou bens dos indivíduos singulares, ainda que atingidos pela conduta ilícita.

De sorte que, afasta-se a visão formal (positivista, fruto da exegese da lei), uma vez que ela não se mostra capaz de precisar o fundamento da legitimidade de se incriminar determinada conduta e, principalmente, de solucionar o problema da função (o motivo, a causa) e a extensão do direito penal, revela-se a necessidade de uma compreensão material do ilícito.

Mas, diante dos abusos realizados durante a segunda guerra mundial (muitas vezes como resultado dessa interpretação do bem jurídico por regimes totalitários), e com seu

término, reclama-se o regresso ao antigo conceito liberal do elemento essencial do direito penal (bem jurídico). Isso, fruto da imposição da nova realidade social.

Temos, novamente, o objetivo de que o bem jurídico sirva como razão de ser e, ao mesmo tempo, limitação à legitimidade do direito punitivo estatal.

Contudo, ainda hoje é grande a remanescência de toda a controvérsia quanto ao significação do desvalor da ação e do resultado, nas condutas tidas como penalmente ilícitas. Principalmente, quando, junto à lesão do bem jurídico, exsurge a violação a uma norma de conduta (esta, juridicamente desaprovadora de um certo comportamento), sendo que, por política criminal, prefere-se dar maior importância a segunda.

Não é despiciendo ressaltar que, com o surgimento de novos riscos, das atuais civilizações industriais, passou o “foco” a concentrar-se no desvalor da ação, em detrimento do resultado.

Para STRATENWERTH (2005), por exemplo, este (o resultado) surge apenas como consequência certa ou errada do risco realizado por uma ação humana reputada como ilícita.

Observa o autor que o dever de origem, dirigido a todos, de não fazer ou abster-se de ingerências em direitos de liberdade dos seus semelhantes, foi elevado à categoria de uma obrigação geral de cautela, tendo elementos positivos e negativos, mas cuja relação de complementariedade com bens jurídicos já não é mais precisa.

Neste sentido, também, FIGUEIREDO DIAS (2013), ao nos passar que já após a crise generalizada do primeiro conflito mundial, “o legislador foi-se deixando seduzir pela idéia perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções ao serviço dos mais diversos fins de política social”.

Assim, exsurge a nossa tarefa preliminar, a saber, verificar se é o direito penal o

mecanismo legítimo para tipificar condutas que não chegaram nem a lesar o bem jurídico (escolhido, por política criminal, para merecer proteção estatal) ou, ainda, sobre a possibilidade de o mesmo direito repressivo poder estender essa “proteção” nos delitos de perigo abstrato, sem desvalor de resultado, em razão desta nova característica da sociedade contemporânea.

2.1 DOS RISCOS ATUAIS EM CONFRONTO COM O BEM JURÍDICO-PENAL

Partindo dessa premissa, de que o exercício do direito de punir estatal tem a sua legitimação no traço característico do direito penal de dar proteção, de forma indireta, ao que se entende como bem jurídico, deve ser procedido, dada a sua relevância, o exame acerca da dimensão dele.

Pertinente, neste passo, é a indagação sobre se a teoria do bem jurídico deve ou não receber o que é considerando como os novos riscos da atualidade. E, mais, caso essa premissa seja entendida como possível, deve o direito penal (ou outro ramo do direito) ter, no seu âmbito de atuação, as normas disciplinadoras destas inovadoras figuras resultantes do fenômeno da globalização e dos ilícitos de repercussão social.

Não devemos olvidar que quando ocorre a opção pela tutela de determinado bem jurídico, protegendo-o com a tipificação de certas condutas (incriminando-as, portanto), proporciona-se o estabelecimento de uma legitimação para a atuação estatal punitiva, sendo que isso tem notória consequência no que se refere à diminuição de direitos essenciais ao ser humano (fundamentais) que, porventura, venha a cometer tal ilícito.

Assim, por força desse raciocínio, podemos chegar a conclusão de que deve ser reconhecido ao bem penal, a prerrogativa de funcionar como critério essencial, para que ocorra a criminalização de um ato humano e, numa perspectiva dogmática (e ao mesmo

tempo analítica), que ele (bem jurídico-penal) funciona, na importante fala de SOUSA (2006), como “substrato material necessário à espessura da ofensa, de forma a graduá-la como de lesão ou de perigo”.

Mas, encontrar uma definição, em termos exatos, precisos, do que seja o bem jurídico penal é atividade impossível, existindo imensuráveis discussões doutrinárias (e muitas divergências) a respeito dele.

Ratificando esse pensamento, podemos verificar no seguinte enunciado de SOUSA (2006):

Para alguns autores os bens jurídicos penais são ‘aqueles pressupostos valiosos e necessários para a existência humana’; para outros representam ‘aqueles objetos dos quais o homem precisa para a sua própria livre autorrealização’; ou ainda, uma ‘relação real da pessoa com um valor concreto reconhecido pela comunidade jurídica na qual o sujeito de direito se desenvolve pessoalmente com a aprovação do ordenamento’; também há autores que identificam os bens jurídicos como ‘interesses da vida da comunidade a que o direito penal concede proteção’; ou quem acredite que são eles ‘circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e para o seu livre desenvolvimento no âmbito de um sistema social global estruturado ou para o funcionamento do próprio sistema’.

Apesar de ser impossível uma definição exata, devemos, sempre, nos lembrar de que, o que se entende como bem jurídico penal, de maneira direta, tem interferência nos direitos indisponíveis do ser humano, constituindo-se em princípios fundamentais a serem observados pelo direito estatal.

Destaca-se, assim, o princípio da dignidade (humana) penal, a qual indaga quanto à própria razão de ser, além da função do direito punitivo, bem como sobre a essência do crime.

E, mais uma vez, ressaltamos que o conceito penal de bem jurídico, como até mesmo o próprio direito punitivo estatal, encontram-se necessariamente relacionados ao contexto histórico-sociocultural de cada estado e seus cidadãos, em certa e determinada época.

Assim, diante da realidade do passado do nosso país, pode-se constatar que durante os regimes ditatoriais elevaram-se, consideravelmente, os números do que se reputava como bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal (criminalizando várias condutas) e, por consequência, dando ensejo a uma maior atuação do poder punitivo do estado, em detrimento de direitos fundamentais.

O contexto sócio-histórico possibilita a compreensão de que se trata, naquele momento, de um ordenamento mais repressivo (com maior previsão de bens jurídicos penais) ou mais liberatório das conquistas que a humanidade tanto demorou a alcançar (direitos humanos).

E, agora, no cenário hodierno, a dúvida é a de que se o direito penal, elegendo certos bens jurídicos, poderá corresponder às expectativas requeridas pela era contemporânea, com suas peculiaridades tão marcantes, como a sociedade de risco, globalização e rapidez das comunicações.

Sobretudo, diante dessa situação, poderá o direito penal desempenhar o seu mister, de tutelar de forma subsidiária os bens jurídicos, ou, ao tentar atender ao pleito social, acabe por se transformar num direito penal funcionalmente dirigido para prevenção geral, administrativizando-se e, cada vez mais, pela feição preventiva, distante da proteção concreta de bens jurídicos?

2.2 A DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A PROTEÇÃO DO DIREITO PENAL

A cerca da possibilidade de o direito penal conseguir tutelar os novos riscos das sociedades contemporâneas, valendo-nos da linha de pensamento de GUZELLA (2008), aponta-se, de logo, o discurso de dois autores.

HASSEMER (2007), o qual se manifesta expressamente contrário ao entendimento de que o Direito Penal possa ser utilizado como possível instrumento para dar respostas à criminalidade originária das sociedades contemporâneas, defende que o direito de punir estatal (clássico) deveria ser reduzido a um “Direito Penal Nuclear”.

Teria essa tese, então, uma dupla tarefa, de um lado operar a redução do direito repressivo àquilo que se chama “Direito Penal Básico” e, assim, estabelecendo limites de atuação, havendo, ainda, direcionamento para a tutela das lesões de bens jurídicos individuais, colocando-os no patamar daqueles de perigo de forma grave (e concreta).

Já para os denominados 'bens jurídicos universais' - frutos dos maiores riscos e ameaças – além dos conhecidos como difusos (não diretamente determináveis e controláveis), restaria outro encaminhamento.

Segundo o autor alemão, deveria ser produzido um novo “direito de intervenção que permita tratar adequadamente os problemas que só de maneira forçada se podem tratar dentro do direito penal clássico”, pois o tradicional direito repressivo não se mostra apto, capaz de solucionar problemas que, pelas características próprias dele (clássico), não encontram resolatividade.

De acordo com o pensamento do doutrinador seria retirado da seara, do clássico direito penal, as novas compartimentações modernas e, ao mesmo, far-se-ia a introdução das mesmas no âmbito do direito estatal extravagante, denominado como 'de intervenção'.

Este último, estaria contextualizado entre o criminal e o contravencional, mas também no liame dos direitos civil e público (entre os dois), e, por esta situação peculiar, seria dotado de princípios e garantias mais flexíveis do que as do sistema penal tradicional. Sem mencionar que as sanções, dos ilícitos nele enquadrados, serem menos intensas para os indivíduos infratores.

O que foi sustentado pelo doutrinador, embora tente encontrar uma saída para 'a crise de paradigmas' que passa o clássico direito penal, em face dos novos riscos da atualidade, não escapa das críticas de boa parte da doutrina.

Segundo o pensamento de FERNANDES (2001), por exemplo, em sendo tal propositura acolhida, verificar-se-ia uma inversão danosa do princípio da subsidiariedade da norma penal, sem embargo de causar graves problemas ao princípio da proporcionalidade, visto que haveria a provável situação fática de se ter dois pesos e duas medidas para um caso único (concretamente falando) que não fosse enquadrado no penal clássico, utilizando-se de um direito artificial para dar a solução.

SILVA SÁNCHEZ (2013), tendo como paradigma a consequência da conduta tida como ilícita, externa o seu posicionamento totalmente contrário a aplicação de penas privativas de liberdade (consideradas, no nosso ordenamento jurídico, como as mais graves do direito punitivo estatal), nos casos em que não se cogite da tutela de bens jurídicos individuais.

Assim, verificando a natureza, o alcance das atuais lesões provenientes dos novos riscos (interesses coletivos, difusos) sustenta que a elas não devem ser aplicadas as sanções a do tradicional direito repressivo clássico (principalmente a privação de liberdade).

Ou seja, SILVA SÁNCHEZ (2013), como o fez HASSEMER (2007), também sustenta que haja a divisão dos delitos em duas compartimentações, uma delas referente às infrações para as quais está prevista a sanção privativa de liberdade, tudo com o escopo de se tutelar direitos individuais.

E, outra, abarcando os danos dos novos riscos, ou seja, as ofensas a bens jurídicos coletivos (e difusos), sendo que a estas não devem ser aplicadas as penas privativas de liberdade.

Cumpra esclarecer que, para o autor espanhol, haveria um direito repressivo de duas velocidades, com regras de imputação e princípios, além de garantias, funcionando de acordo com os dois níveis de intensidade.

Ao 'compartimento' do direito repressivo referente à tutela de bens jurídicos coletivos e difusos (danos causados pelos novos riscos da modernidade) – tidos como os incidentes na segunda velocidade –, muito distante da aplicação das medidas privativas de liberdades, seriam impostas penas mais similares às sanções administrativas, gerando uma certa flexibilização dos padrões de imputação, além de relativização de certas garantias político-criminais.

Há divergência quanto à proposta de HASSEMER, pois, para este, haveria a extinção destas penalidades (as da segunda velocidade, do autor espanhol), que seriam remitidas a uma nova espécie de direito, denominado de 'interventivo', o qual, por sua vez, tem características muito próximas ao direito administrativo sancionador, como entende OLIVEIRA (2013).

Também podemos deduzir que, no pensamento do doutrinador alemão, o que se entende por atuação de 'política criminal' estaria reduzido ao caráter puramente simbólico, uma vez que haveria o impedimento total de que a 'modernização' (com seus novos bens jurídico-penais e os princípios, trazidos com ela, de precaução geral e de acumulação), acabasse por se utilizar do direito penal clássico.

Na visão de HASSEMER, o núcleo do direito penal (básico) só deveria continuar a tutelar bens jurídicos individuais, considerados como a última razão de ser da vida em sociedade.

2.2.1 OUTRAS TESES

Como foi apontado anteriormente, havendo grande discussão doutrinária, devemos

apresentar, em linhas gerais, algumas delas e o que defendem diante do intitulado 'direito penal do risco', valendo-nos do conteúdo da obra de SOUSA (2006), a fim de fornecer ao leitor deste trabalho, traços característicos das mesmas que devem servir à formação da convicção pessoal.

2.2.1.1 A DOUTRINA MONISTA PESSOAL

Para os representantes dessa escola doutrinária (de Frankfurt), tendo como alguns importantes autores Naucke, Albrecht (além haver confluência com a linha opinativa de Prittwitz e Herzog) deve ser afastada a legitimação do direito penal do risco.

Isso por que a doutrina entende que a proteção aos riscos das inovações modernas (tecnológicas) não se adequa aos princípios do clássico direito repressivo. Aponta, ainda, que a citada proteção mostra-se inadequada aos preceitos normativos do clássico direito como a causalidade, culpabilidade e responsabilidade pessoal (e individualizada).

Os pensadores, desta linha, acreditam ser impossível, ao direito repressivo estatal, desenvolver qualquer tarefa na regulamentação dos fatos ligados à globalização e a grandes massas.

Justamente, em razão das características específicas dos instrumentos, que são usados no direito penal (penas e medidas de segurança), além dos rígidos padrões para que seja aferida essa responsabilidade, registrando-se que, como se trata de algo que atinge direitos fundamentais, deve ser sempre individualizada.

Desta maneira, cuida-se até o último instante dos direitos essenciais ao ser humano que, como já vimos no reflexo da seara internacional sobre a positiva (nacional), podem ser afirmados, inclusive, perante o estado e, caso haja necessidade, contra ele (estado-país).

A utilização dos instrumentos típicos do direito repressivo, com o escopo de regulamentar os problemas globais e massificados, daria ensejo a uma consequente expansão da responsabilidade criminal e faria com que, o clássico direito, deixasse as suas peculiaridades liberais (consagradas desde o seu surgimento como Ciência, ou seja, desde o Iluminismo), passando a ter uma orientação apenas de prevenção geral (administrativizando-se, portanto).

Além disso, levaria o clássico direito penal a funcionar sem a imunidade dos limites do garantismo penal e, por consectário lógico, abandonar a sua função básica (e fundamental) de guarida às esferas individuais de liberdade.

A escola, pois, posiciona-se a favor de um direito penal mínimo, além de que eleva à categoria dogmática (essencial e insofismável) o elemento bem jurídico-penal.

Justamente, pela sua função de afastar da normatividade penal todos os fatos sociais (patológicos ou não) insuscetíveis de lesar, ou colocar em perigo, objetos dignos de serem reputados como autênticos bens jurídicos, é que deve restar excluídos da seara penal clássica, entre tantos outros os coletivos, os difusos, os ilícitos econômicos, os do consumidor, os tributários, os ambientais.

2.2.1.2 O PENSAMENTO PESSOAL DUALISTA (OU SUPRAINDIVIDUAL)

Superando os pressupostos da doutrina monista, esta vertente doutrinária reconhece que pode haver, como exceção, o atuar do direito repressivo estatal no âmbito dos riscos modernos, havendo, nesta excepcionalidade, legitimação.

Entendendo essa possibilidade, como fruto de uma política criminal frente às

inovações da atualidade, os seguidores dessa corrente doutrinária, embora reconheçam a realidade da expansão do direito repressivo estatal, salientam que a assunção da teoria do risco não implica, obrigatoriamente, no desprezo à tese de bem jurídico como elemento imprescindível do ilícito.

Mas, os doutrinadores ponderam que, na realidade, ocorre a invasão abrupta de bens jurídicos pessoais e patrimoniais, já marcados pelas características novas, que, apesar de coletivos e, de certa forma indeterminados nos seus contornos, possibilitam a individualização desse núcleo elementar (básico) ao direito penal.

Todavia, cabe mencionar que este 'acolhimento' de novos bens jurídicos deverá ter por fundamento, ainda, o princípio da proteção subsidiária e a espécie do dano, para justificar a ofensividade típica de atos humanos causadores de riscos de grande repercussão.

Ou seja, para poder haver o dano e a ofensa relativa a um bem jurídico com dignidade penal há de se ter um ato humano (e não só a mera conduta), pois torna-se essencial que os novos bens jurídicos, que surgirem, mostrem-se dotados da referencial pessoal.

Para a doutrina, é a falta deste valor de referência pessoal que serve como obstáculo à tutela, no universo do direito penal, de qualquer das situações de risco resultando, por consequência, a não configuração como ilícito penal.

2.2.1.3 DOS BENS JURÍDICOS INSTRUMENTAIS

Caracteriza-se esta tese pela ênfase dada ao caráter auxiliar (ou seja, entendendo como essencial a instrumentalidade) dos bens jurídicos.

Para os doutrinadores desta, a escolha (para proteção jurídica) de um determinado

(bem) ocorre no seio da constituição do ordenamento jurídico, dentro do que, por política criminal, entende-se que deva merecer a tutela, sendo que, também, leva-se em consideração, fatores sociais tidos como relevantes.

Neste sentido, há de ser reconhecido cada bem jurídico como um meio (uma ponte) para a consecução da proteção das condições fundamentais da realização humana (o fim almejado), sendo a operação desenvolvida desta maneira, uma técnica de antecipação da tutela dos 'valores-fins' essenciais.

Aponta-se, por exemplo, com SHÜNNEMANN e ROXIN, os quais entendem que as figuras delitivas, que contém nas suas descrições do tipo, condutas que dão ensejo ao denominado perigo abstrato, são, em verdade, delitos que protegem bens jurídicos 'intermédios espiritualizados', pois a ofensa a tais 'bens jurídicos' contém em si um desvalor próprio, proporcionador da sustentação de um juízo (antecipado) da efetiva lesão.

A tutela dessa situação assume o caráter de antecipação da providência penal dos interesses de natureza pessoal e individual envolvidos, em um verdadeiro e intrínseco liame entre o instrumento e o objetivo a ser alcançado, respectivamente, bens jurídicos meio e fim.

Então, pode-se deduzir, do pensamento desta doutrina, que, distante de se constituir o 'bem jurídico escolhido inicialmente' (pelo legislador) um fim em si mesmo, estes 'valores prévios' constituem-se em mero meio, cujo o conteúdo limita-se à fixação de uma tutela mediata, ou, mesmo, de uma antecipação qualificada referente à proteção de outros bens penais, esses últimos tidos como essenciais, fundamentais dos seres humanos.

E a razão de ser da eleição prévia (do bem-meio) é a destinação de valores que servem como 'instrumento', tal característica justifica que o direito penal abarque esta situação de risco, atribuindo esta qualidade dos respectivos mecanismos como suscetíveis à tutela jurídica própria (do bem-fim).

2.2.1.4 A DOCTRINA DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

Aponta-se, nesta teoria, como traço evolutivo, o sentido do reconhecimento de outros bens jurídicos, que não só os individuais.

Esta tese, por exemplo, admite além destes últimos, a configuração dos jurídicos sociais, transindividuais, coletivos (e difusos), estando todos aptos a atender o critério que acaba por gerar a incriminação da conduta que os contenha.

FIGUEIREDO DIAS (2001), ao mencionar sobre a possibilidade dos bens sociais, coletivos e transindividuais, também, poderem merecer a proteção pelo direito penal, diz:

característica do bem jurídico coletivo ou universal reside no fato de poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído; nessa possibilidade de gozo reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico coletivo.

O autor, posiciona-se no sentido de que, o reconhecimento da autodeterminação dos bens jurídicos coletivos, face aos interesses individuais, foi acentuado pelos problemas que a sociedade contemporânea apresenta ao direito repressivo estatal.

Ainda, desenvolvendo seu pensamento, coloca o autor português, que uma tutela do direito penal a estes bens coletivos, pressupõe que o ilícito concreto desses crimes seja observado como sediado em condutas que, por si mesmas, sejam vistas associadas a outras (ações humanas iguais), praticadas várias vezes, além de que com muita repetição, podendo, assim, causar lesões ou colocar em grave risco estes bens jurídicos coletivos.

Tem-se, em razão dessa premissa, reflexos práticos na própria composição do tipo destes ilícitos.

Mas, como saber se um bem jurídico seja coletivo, difuso, transindividual ou difuso?

Alguns seguidores da tese abordada neste capítulo, como HEFENDEHL, explicam que ele será coletivo ou universal, na proporção 'em que ninguém possa ser excluído do seu uso e desde que, o uso de tal bem por alguém, não impeça ou prejudique que outra pessoa dele se beneficie'.

Citemos, como exemplo, que a Segurança Pública (estatal) seria um bem com as características de universalidade ou coletividade, visto que ninguém pode ser alijado do seu uso e, mais, em razão da utilização deste bem por um particular não impede a fruição desse bem por terceiro .

Da leitura do apresentado no seu enunciado, observamos que, partindo da premissa de uma 'dignidade penal dos bens jurídicos coletivos', HEFENDEHL almeja apresentar o quanto é impossível a tutela destes valores por intermédio das estruturas do ilícito penal.

Para ele, a lesão ou o perigo concreto e abstrato, quando da ocorrência dos bens coletivos não deveriam funcionar ou, ao menos, mereceriam ser relevadas.

Justamente neste pensamento é que se baseiam os 'delitos por acumulação', nos quais, como sabemos, há a orientação pela possibilidade de se apenar uma conduta individual, ainda que esta, analisada isoladamente, não demonstre aptidão para ofender o bem jurídico

É que, constatando-se a grande tendência de que aquela conduta seja também praticada por outros agentes, pode haver sim, quando praticada por todos, uma lesão do bem jurídico (como o meio ambiente ou outro coletivo).

Trazendo um exemplo muito usado pela doutrina, podemos mencionar que um ato de poluição mínima, como o de urinar em um lago ou de dirigir um automóvel numa determinada rua, analisados isoladamente, não causam qualquer risco ao bem coletivo meio ambiente, mas, uma vez praticados de forma universalizada, são potencialmente, numa

perspectiva da realidade contemporânea, aptos a produzir um evento danoso como poluição lacustre e a saturação do ar da via trafegada (como acontece em grandes centros urbanos e faz com que os governantes optem por rodízios de veículos, com finais de placa determinados em certo dia da semana).

Em razão dos tipos cumulativos abrangerem atos palpáveis que, considerados em si mesmos, não atingem o bem jurídico, podem, por consequência, ser reconhecidos como de perigo abstrato – sem, contudo, deixar de se levar em conta o seu caráter especializado - .

O fundamento para existência de tais delitos encontra-se na situação hipotética, mas condizente com a realidade, que, com a ausência da proibição do direito repressivo estatal, os atos humanos seriam praticados em larga escala, o que criaria o perigo ou a lesão ao bem jurídico protegido.

Então, restaria na seara das ‘condutas humanas em massa’ que se enquadrariam estes delitos, com essa forma adequada, a tutela dos bens jurídicos coletivos, que os riscos da contemporaneidade e dos avanços tecnológicos impõem.

Impende registrar que, com o pensamento em sentido contrário à legitimidade dos delitos cumulativos, estão, dentre outros autores, SILVA DIAS e SILVA SANCHEZ.

Estes, partindo da premissa de que o tipo que descreve tal acumulação seria incompatível com o princípio da ofensividade, visto que cada ação individual, analisada por si mesma, seria desprovida de ofensividade, ou mesmo de dano. E, na ausência desta característica essencial para configurar o delito, consideram que não se pode sustentar que há um ilícito originalmente penal.

Os autores preceituam, ainda que o delito por acumulação viola, também, o princípio da proporcionalidade, uma vez que a cominação de uma pena como a de privação da liberdade, em consequência à uma conduta inofensiva para um bem jurídico (pois só a soma

com outros contributos singulares poderia produzir o efeito danoso), violaria o princípio da proibição do excesso.

Por fim, apontam que a figura dos delitos de acumulação põe em risco o princípio da culpabilidade, porque nos ilícitos cumulativos, há a presunção de que a culpa está baseada no pressuposto de que outras pessoas atuam ou atuarão no mesmo sentido do infrator.

2.2.1.5 ABANDONO DO BEM JURÍDICO: DIREITO PENAL DO INIMIGO

Diante da complexidade das relações sociais (geralmente envolvendo situações de risco), assim como em face da grande resistência em acatar que os direitos coletivos possam merecer do direito penal a devida proteção, na forma como já foi exposta, houve uma reação, defendendo o esquecimento do bem jurídico como parâmetro para a aferição dos delitos.

Da análise das teses doutrinárias dos pensadores desta corrente, entre eles STRATENWERTH (2005), verificamos que a proposta consiste basicamente no fim do paradigma do bem jurídico, em razão das novas realidades que vão de encontro com o direito repressivo clássico (embora estejamos, cronologicamente, na fase pós moderna).

Para esta doutrina, reclama-se tal postura, em face da proteção das futuras gerações e outros interesses maiores dos que os individuais (tutelados pelo sistema garantista penal).

Afirma, o pensamento desta doutrina, que compete à Ciência Penal contemporânea a função indispensável da transformação do antigo para um novo direito repressivo estatal (reconstruindo-o, mesmo), vez que este deve ter como objetivo primordial salvaguardar a existência do ser humano diante dos novos riscos da atual sociedade.

STRATENWERTH (2005) ponderando sobre as consequências ruins do retorno do

direito penal ao passado (à proteção de interesses individuais), entre elas, a implicação da renúncia à pena, como sanção mais pesada que o ordenamento jurídico preceitua que, quando estão em risco interesses vitais, não só das pessoas individuais, mas de toda a humanidade, deve ser abandonada a idéia de bem jurídico e, em sua substituição, defende o acolhimento, como parâmetro, da proteção direta dos relacionamentos sociais ou contextos de vida na coletividade.

Para o autor, o direito repressivo clássico, por seus elementos característicos, teria enormes dificuldades para lidar com estes novos riscos, sendo imperioso urgentes alterações dogmáticas em elementos imprescindíveis, apontando-se, de logo, relação de causalidade, além do resultado, da culpabilidade em sentido amplo e da potencial consciência do ilícito, sem mencionar quanto à autoria e responsabilidade penal das pessoas coletivas.

Sobre a crítica feita pela tese de validade da função garantidora do bem jurídico, segundo STRANETWERTH, o abandono do bem jurídico não importa em reputar às normas penais um caráter meramente funcional, mas, sim, denota a rejeição a um ato dogmático e teórico muito rígido (que é o bem jurídico).

Só a título de registro, cumpre mencionar que a teoria de STRANETWERTH foi de forma igual defendida por Rachel Carson (1962).

Apresentando oposição ao pensamento, JAKOBS (2007) sustenta que posições teóricas desta natureza são pretensas a gerar a volta da construção do denominado ‘direito penal do inimigo’.

Neste, os preceitos penais são caracterizados por três elementos.

O primeiro, um significativo efeito antecipado da pretensão punitiva estatal, referindo-se à punição, o que equivale a um direito repressivo com projeção para eliminação de um perigo.

Mas, também, sendo o segundo e o terceiro elementos, respectivamente, a falta de proporcionalidade entre a conduta, tida como ilícita, com as penas previstas, além da eliminação ou restrição de garantias processuais para os envolvidos nas supostas práticas delitivas, ainda que elas (as garantias) constituam-se em direitos essenciais ao ser humano.

Para alguns doutrinadores, o pensamento de STRANTEWERTH tem o condão de gerar o tipo de ordenamento que representa a expansão do direito penal e a pessoa que, já de início se intitula como adversário das normas jurídicas convencionadas e vinculantes, deve ser combatida como se fosse um inimigo do sistema jurídico como um todo.

Segundo JAKOBS (2007)

o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.

Assim, analisando o seu pensamento, temos que para as duas hipóteses apresentadas há posicionamentos diferentes.

Com efeito, no primeiro contexto ('pessoas que tenham cometido erro'), para o autor temos a função notória da sanção no direito penal do cidadão e estamos diante do sistema garantista, havendo de existir o requisito essencial do contraditório.

Já no segundo contexto fático ('indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico'), estamos diante da representação perfeita do direito penal do inimigo, o objetivo da pena é a supressão de um risco, e todo delinquente é considerado como um inimigo.

Assim, para este último, a pessoa que, já desde o início, conduz-se de modo transversal (desviado do que é reputado como o padrão), não merece ter assegurado (pela ausência de reciprocidade) um comportamento pessoal. Por isso, não deve ter o tratamento de

um cidadão e deve ser combatido como inimigo.

Continuando na sequência do pensamento de JAKOBS quanto ao direito do inimigo, o autor coloca que, nesta linha de raciocínio, a guerra tem respaldo com um genuíno direito dos cidadãos, no que pertine à garantia a segurança.

Mas, a situação é bem diversa daquela pena (que não se constitui em direito também principalmente referente àquele que é apenado). Ao contrário do que ocorre com o cidadão, o inimigo é eliminado.

Na proposta de STRATENWERTH (2006), de desprezar toda a construção do sistema garantista em razão da tutela aos novos riscos, haveria o mesmo resultado que repelir todo resultado (em favor da dignidade dos cidadãos), fruto de lutas e de batalhas milenares da humanidade contra os abusos do Estado.

Como demonstra a história, ao longo do tempo, consolidou-se, como pode ser verificado no prefácio de Norberto Bobbio na obra 'Direito e Razão' (de Luigi Ferrajoli):

a elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal

Registamos que pensamento semelhante à tese do abandono do bem jurídico, foi proferido por KARL SCHMITT, sendo, por ser fato público e notório, que se tratava de pensador, mas que teve a sua teoria utilizada, para justificar atrocidades durante a segundo conflito mundial, pelo nazismo.

Conferindo à interpretação, do pensamento do autor, a versão que era mais conveniente ao regime totalitário, defendia-se que uma autoridade política total (ditatorial) era imprescindível a qualquer sociedade que almejasse uma harmonia segura e que o estado deve estar apto a lidar com situações excepcionais - desde crises internas e externas até as lutas políticas entre amigos e inimigos - . E “o soberano é quem decide no caso de uma exceção”

(sendo esta a última palavra).

Ora, seria este, justamente, o ponto da celeuma, em que o estado (em verdade o ditador) sobrepunha-se aos limites da lei (entendida como a norma direcionada a todos, universalmente), sendo que o normal é, em geral, estarem todos nacionais, desde o mais humilde cidadão ao que ocupa o mais alto cargo do estado, à ela – lei - (assim como à Constituição e ao Sistema Normativo Internacional) subordinados.

De sorte que, como crítica à tese do abandono ao bem jurídico, assevera-se que, desprezar totalmente o instituto (elemento imprescindível do direito repressivo estatal) e refutar o seu estudo, equivaleria à perda (absurda) dos pontos de vista das ideias iluministas e liberais, essas que foram conquistadas com muitos sacrifícios humanos no passado não muito distante.

E o demorado, mas heroico, resultado alcançado firmou-se como barreira às atividades abusivas do estado.

De sorte que, diante do enorme conflito, presente em quase todo o traço histórico da humanidade, entre o poder e a liberdade, observando que nos relacionamentos leva-se em conta o direito individual e o interesse coletivo (grupos sociais), sendo que os fatores funcionam de forma inversa, ou seja, ampliada a liberdade, restringe-se o poder ou tanto menor será a liberdade, maior o poder, conclui-se como o fez BOBBIO² - em elevado grau de lucidez - que se mostra boa e desejável:

aquela solução que alarga a esfera de liberdade e restringe aquela do poder, com outras palavras, aquela pela qual o poder deve ser limitado de modo a permitir a cada um de gozar da máxima liberdade compatível com a igual liberdade de todos os outros.

Por fim, da análise sobre o tema principal desenvolvido nos tópicos deste capítulo (o reconhecimento, como elemento essencial, do bem jurídico), cumpre ponderar que o estímulo à prática do abandono ao instrumento essencial, que objetiva assegurar direitos

2 BOBBIO, Norberto, em prefácio à obra Direito e Razão. Teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli. p. 8

fundamentais, além de ir de encontro com os mandamentos nucleares, contidos em princípios constitucionais (como veremos no tópico seguinte), parece-nos, representar flagrante violação às normas do Sistema Internacional, as quais o nosso país, como integrante de organismos como ONU, OEA, está hierarquicamente vinculado, havendo o risco de sofrer vários embargos.

E, talvez o mais preocupante, demonstra o regresso ao Estado Absolutista, fundamentado pela opressão e violência (oficial), com descrições típicas totalmente abertas, tudo propenso a desprezar quaisquer direitos e garantias fundamentais (internacional e constitucionalmente, duramente conquistados).

2.3 O DIREITO PENAL E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Já tendo sido apresentadas as diversas questões gerais sobre o tema bem jurídico-penal, entendo ser de bom alvitre trazer, a este trabalho, um traço peculiar do direito penal pátrio, no que diz respeito a sua legitimação frente à Lei Fundamental, por ter sido, pelo poder constituinte originário, este o padrão adotado, ou seja, a do Estado Democrático de Direito com a consequente primazia da Constituição Federal sobre todas as normas infraconstitucionais.

Assim, cumpre, de logo, estabelecer como premissa inafastável que é a Constituição Federal que deve servir como compreensão ontológica-existencial de todo o sistema jurídico positivo. Disso resulta, por consectário lógico, que ela tem, ainda, grande poder transformador (força normativa) sobre todas as outras normas.

Na fala de STRECK (2013) é por causa da lei maior que o direito (infraconstitucional) se constitui; ela (o) vincula e além disso, (ela) estabelece as condições do agir estatal.

Não sendo despiciendo dizer que (ela) deve repercutir (muito mais ainda) nas relações entre o estado e cidadãos – exercício do direito de punir estatal - diante da prática de conduta tida como ilícito penal.

Assim, por óbvio que, no caso do direito brasileiro, o ordenamento jurídico (conjunto dogmático formal) penal - assim como o de qualquer outro ramo do direito positivo - é que deve se adequar ao previsto na Constituição Federal e não o reverso.

Cabe trazer, também, a esse contexto, o sentido do vocábulo constitucionalização do direito (penal) – ou seja, o que se quer dizer com a expressão? -.

A expressão constitucionalização do direito (seja do administrativo, ou do penal ou de qualquer outro dos ramos do direito) poderia servir, conforme BARROSO (2011) para, inicialmente, “identificar o fato de a constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do direito” - esta uma tendência do constitucionalismo contemporâneo - mas, além do conteúdo clássico, “reger praticamente todos os aspectos da vida jurídica”, inclusive, no que diz respeito ao controle do direito de punir estatal, inclusive estabelecendo e disciplinando elementos essenciais.

Já no artigo quinto da Constituição Federal, que se constitui em amplo catálogo de direitos e garantias do cidadão, deve ser fielmente observado na atividade da pretensão punitiva estatal, e, assim, para o próprio legislador infraconstitucional (ao estabelecer certas condutas como ilícitos), transforma-se em um rol de inafastáveis deveres constitucionais.

Neste sentido, ainda quanto ao direito penal, encontramos mandamentos obrigatórios (princípios constitucionais), principalmente nos direitos e garantias fundamentais, como legalidade e irretroatividade penal, mas também deveres de criminalização do racismo, terrorismo (sendo que os mesmos devem ser fixados como inafiançáveis).

E, ainda, nos últimos dispositivos constitucionais, vimos o artigo duzentos e vinte e

oito, que estabelece a inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos.

Não podemos olvidar da impossibilidade de haver qualquer tendência a diminuir os direitos fundamentais, como pode ser aferido da singela leitura do que está previsto, na própria norma, portanto cláusula pétrea (artigo sessenta, parágrafo quarto, inciso quatro, da Lei Maior).

No que se refere à atividade interpretativa dos dispositivos constitucionais, pode ser extraído, de logo, como parâmetros constitucionais que devem nortear o direito punitivo estatal, alguns princípios.

Entre eles, o de que a pena não deverá ir além do necessário, razoável e proporcional ao delito praticado pelo agente.

Mas, como fator correlato, ela (a pena) não deverá ficar aquém da medida satisfatória à proteção do bem jurídico escolhido - pelas normas internacionais (como o terrorismo, genocídio, a tortura e outras), pelo poder constituinte (vida) e, diante da legitimação deste último (constituinte) ao legislador ordinário, por política criminal -, sob risco de haver violação ao direito internacional, além da inconstitucionalidade por omissão³.

3 Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coordenadores). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.. P. 203 a 249

E, ainda, conforme a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, no informativo de número 740:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

.....

- A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis

Dir-se-ia, principalmente, utilizando o conteúdo de BARROSO (2011), que o sentido do termo constitucionalização também pertine à ideia de “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (inclusive sobre o direito penal).

Do que podemos verificar que a Constituição Federal tem grande impacto sobre a validade e a interpretação das normas do direito penal, bem como sobre a produção legislativa da matéria.

Neste último sentido, diz-se que, ao estabelecer que devem ser garantidos certos bens jurídicos determinados, surge para o legislador, como mandamento irrenunciável e indelegável, o dever de criminalizar algumas condutas, e não o fazendo – configura-se a inconstitucionalidade por omissão com o consequente ajuizamento de mandado de injunção.

Mas, também existe o óbice à tipificação penal de outras ações humanas que, caso não seja respeitado – com o legislativo elaborando a norma ferindo a norma fundamental - poderá dar ensejo, por exemplo, ao ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de que se possa ser assegurada a força normativa da Constituição.

A doutrina aponta, como exemplo da adequação do nosso antigo Código Penal (de hum mil novecentos e quarenta) à nova realidade trazida pela Constituição Federal de 1988, o da revogação (por desuso mesmo) de alguns tipos penais, questionáveis à luz dos novos valores constitucionais, como os artigos duzentos e dezessete (sedução “seduzir mulher virgem menor de dezoito anos”) e duzentos e quarenta (adultério), estes que retirados do sistema penal pela Lei 11.106/2005.

que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

E, graças ao reconhecimento, contido na própria Lei Fundamental, do dever de interpretação constitucional (o qual foi conferido ao Poder Judiciário), há a possibilidade de se excepcionarem incidências concretas das normas penais, apesar da caracterização como fatos típicos, em face do enquadramento legal ser incompatível com a ordem constitucional⁴.

Disso, também, resultam inafastáveis diretrizes. Primeiro, que a presença na constituição de normas, cujo conteúdo pertencente aos outros ramos, deve influenciar a interpretação do direito infraconstitucional, neste caso o direito repressivo estatal, inclusive na eleição das condutas tidas como “ilícitas”.

Segundo, que os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, ou seja, no caso deste parágrafo, ainda que a conduta humana esteja amoldada a figura típica de uma lei vigente, o intérprete estatal (Judiciário), uma vez que deve fiel observância à lei fundamental, assim como, às normas internacionais referentes aos direitos essenciais do ser humano, pode deixar de aplicar a sanção penal.

Do que já foi dito, devemos ilustrar com julgamentos de dois processos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, pela via de controle de constitucionalidade difusa (em última instância), sendo que a Corte desempenhou o seu papel de jurisdição constitucional, para a demanda sob sua apreciação.

Na apreciação do HC 73.662-MG, Relator Ministro Marco Aurélio, diante da antiga previsão da irrelevância do consentimento da pessoa do sexo feminino, menor de catorze

4 Sobre o cuidado que devemos ter na atividade de interpretação da norma penal no atual contexto, ALBANI e CARNEIRO (Crise epistemológica do direito penal na pós-modernidade, 2014), de forma cirúrgica, trazem a seguinte direção: “É preciso proceder com muita cautela no processo hermenêutico, tendo em vista que o senso comum teórico tende a oferecer fórmulas prontas de subsunção para que ao intérprete restasse apenas aplicá-las, como se houvesse uma verdade universal oferecida pelo pensamento dominante. E, no momento em que essa 'verdade' foi construída sobre a égide de um paradigma que não mais condiz com a realidade social, fruto de um pensamento pré-moderno e liberal, resta caracterizada uma possível crise epistemológica da ciência com o advento da pós-modernidade e suas promessas sociais. Ora, Direito é, afinal, vida - e não fantasia -, e enquanto tal deve acompanhar de perto os passos da humanidade; não admirá-la de seu trono erigido em um mundo afastado, surreal e, de certa forma, solipsista”.

anos – para a presunção da violência, na redação, da época, do artigo duzentos e vinte e quatro, do Código Penal, ser relativa ou absoluta.

Ou seja, no caso, uma adolescente (de doze anos de idade) que manteve relação sexual com o namorado (sendo que este acreditava que ela tinha mais de catorze anos) – entendeu-se pela não consumação do estupro, por ser presumida a violência (não absoluta), diversamente do que entendia boa parte da doutrina à vista do mencionado dispositivo.

Assim, apesar de presente os requisitos da ocorrência do delito contra a liberdade sexual (tipicidade, antijuridicidade), o Tribunal entendeu que não se configurava o fato como culpável, dando uma interpretação constitucional.

Solução de acordo com o critério constitucional (proporcionalidade) também foi adotada no julgamento do HC 77.003-4, Relator Ministro Marco Aurélio, ao apreciar uma ação penal contra uma ex-prefeita por contratação ilegal de apenas 01 gari (sem concurso público).

Neste julgamento, a Corte Constitucional, entendendo tratar-se de uma insignificante penal, concluiu pela absolvição da acusada.

Forçoso concluir que, o sistema do direito penal mínimo, adotado pela Constituição Federal, e as garantias fundamentais, uma vez que alicerçados nela (Lei Maior) e respaldados pelo Sistema Internacional dos Direitos Humanos, jamais deveriam sofrer abalo por parte do direito penal.

3 OS PARADIGMAS CLÁSSICO E ATUAL DO DIREITO PENAL

Voltando a nossa análise para o direito repressivo estatal, em si mesmo, entendo, ser melhor para o nosso estudo, a apresentação de alguns aspectos referentes à parte interna do próprio ramo específico do direito, na forma como foi concebido pelo ideal liberal (iluminista).

Desde o início da convivência do homem em um ambiente social (comum a todos), com a previsão do direito para regulamentação das relações entre os cidadãos que integram essa sociedade e com outro ente (a saber, o Estado), a quem os integrantes do grupo delegam parte de suas individualidades, a fim de que seja estabelecido um mínimo de regulamento para o convívio societário (segundo pensamento da Teoria do Contrato Social, de Thomas Hobbes, forte influência do Iluminismo), o direito de punir estatal vem sendo utilizado na sua versão clássica.

Para grande parte da doutrina, o ramo mais repressivo do instrumento de regulamentação do convívio social (o direito penal) possui dois objetivos essenciais.

Aponta-se, primeiro, o de prever quais comportamentos, em face da política criminal escolhida pelos representantes do povo no parlamento, são considerados indesejáveis e, portanto, ilícitos, havendo a sua previsão em um documento escrito (código penal), a fim de que as pessoas deixem de praticar tais condutas sob o risco de não o fazendo, sofrerem as consequências descritas na figura típica.

Para essa característica, existe uma premissa, como expressamente determinado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁵ - e reprisado nos direitos fundamentais, até mesmo reconhecidos como cláusulas pétreas em Constituições como a

5 Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Brasileira⁶ -, a da necessidade de sua previsão em um documento escrito (código penal), a fim de que as pessoas deixem de praticar tais condutas sob o risco de não o fazendo, sofrerem as consequências descritas no preceito secundário da figura típica.

Assim, quanto ao critério (político) adotado para que tenhamos o ilícito penal, cumpre trazer o pensamento de PEREIRA (2009):

A política criminal poderia ser definida como “um conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como teoria e prática das diferentes formas de controle social”, sendo que seu objeto estaria fundado na solução científica “das questões relacionadas ao fundamento jurídico e aos fins do poder de punir que ao Estado pertence, bem como a da origem da natureza do crime”.

Desta maneira, pode-se compreender a política criminal a partir de um contraponto existente entre a atuação estatal – materializada através de procedimentos que objetivam a prevenção e repressão ao fenômeno criminal –, o sujeito ativo do ilícito e a análise da (des)necessidade de imposição de reprimenda sancionatória.

Além de constituir um conjunto de procedimentos que busca organizar o “corpo social”, a política criminal tem, em princípio, por objeto permanente criar meios que tenham por finalidade a manutenção da segurança (ou pode-se dizer da sensação de segurança) esperada por toda a sociedade.

A partir das proposições ou mandamentos fundamentais da política criminal, os quais “são encontrados no campo de projecção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social, é que será possível esperar o controle da criminalidade”.

A partir dessa acepção, constata-se que a política criminal se faz presente através de meios de controle do fenômeno criminal, utilizando-se para atingir este objetivo não somente o Direito Penal como meio coercitivo de imposição de sanções punitivas, mas, sobretudo, outras formas de manifestação apresentadas pelo próprio Estado ou mesmo pela sociedade que representam formas reduzidas de coerção.

Tal função seria destinada a generalidade dos integrantes da sociedade com o escopo de desestimulá-los a praticar o que foi estabelecido pelo estado como “crime” (no sentido mais amplo), sendo nítido o seu caráter de prevenção genérica.

Mas, também, existe aquele aspecto da norma penal que surge quando, não obstante a previsão anterior (contida, reprisemos, num documento escrito) há a infração à norma que o tipo penal desejava proteger (na verdade, o que ocorre é a adequação da conduta praticada

6 Constituição Federal de 1988, artigo quinto, inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina..

dentro do que é tido como ilícito), nascendo, desta forma, para o Estado o direito de aplicar a sanção também descrita no (preceito secundário do) “delito”.

Assim, nos ensina FERRAJOLI (2014):

O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

Elementar que, sob este último aspecto – *poder de punir* -, tenhamos o direito penal, orientando-se pelo critério individual, ou seja, a repressão da conduta violadora do crime (que foi gerada, não pela sociedade como um todo, mas de forma individualizada por um dos seus integrantes).

3.1 O DIREITO PENAL COMO FENÔMENO SOCIAL E DO OBJETIVO DA PENA

Ao longo da história da humanidade, o direito repressivo estatal sempre foi concebido com algumas variações que oscilaram entre a retirada da criminalização e o ressurgimento como fatos típicos de algumas condutas.

E, tomando, como parâmetro um contexto histórico de período não muito distante da atualidade, podemos apontar que, após o segunda conflito mundial, despontam-se movimentos que resultaram na tipificação de novos atos humanos.

A partir de então, ou seja desta nova vertente criminalizadora, passou o clássico direito estatal a assumir, sem estudos mais aprofundados dos cientistas, as formas inovadoras,

como, por exemplo, com os delitos de perigo, tanto o comum como o abstrato, ou mesmo, com as figuras típicas envolvendo uma junção dos perigos concretos (o mais comum dos delitos) e os abstratos.

Desse cenário, torna-se imperioso perquirir qual seria a legitimidade (ou seja, para justificação mesmo) do novo direcionamento repressivo estatal?

Ao falar acerca dos temas básicos da doutrina e, principalmente, da relação do Direito penal com a Ciência social, com muita acuidade, FIGUEIREDO DIAS (2001, p. 21) pontuou:

O sistema jurídico-penal – constituindo embora um subsistema do sistema jurídico como um todo, o qual constitui por sua vez um subsistema do sistema social – possui de todo modo a sua teleologia própria, a sua específica índole funcional e a sua racionalidade estratégica. Ela é, nessa acepção e nesta medida, mais que um sistema autónomo, um *sistema autopoietico*. Essa confissão a favor de um sistema teleológico-funcional e teleológico-racional da dogmática jurídico-penal não significa porém a recusa da intervenção de considerações axiológicas, de pontos de vista de valor, de critérios de validade e de intencionalidade normativas na dogmática, nem, muito menos, o pronuncimanto a favor de argumentos de pura “engenharia social”. Os desenvolvimentos mais recentes e significativos da dogmática jurídico-penal e dos seus pressupostos fundamentais revelam que uma tal oposição não é necessária e que, em vez dela, o que entre aquelas concepções deve interceder é uma relação dialéctica capaz de conduzir, no fim a uma unidade axiológico-funcional

Logo, de saída, ressaltamos que o posicionamento contrário à utilização indiscriminada do direito repressivo estatal, tem como objetivo a “proteção” do próprio direito penal, em face das novas vias antecipação dos efeitos e das consequências, reservando para o mesmo a tutela os bens jurídicos mais imprescindíveis à garantia da vida em sociedade.

Então, podem ser remetidas a outras searas jurídicas, com as suas sanções diferentes das criminais e até mesmo, utilizar-se outros métodos instrumentais (fora do direito), a fim de, forma rápida e sem violar normas internacionais, constitucionais, proporcionar atuação estatal frente às atuais dificuldades da sociedade contemporânea, entre elas as condutas de perigo abstrato.

Pois, como alertado por FERNANDES (2001) “a diluição do direito penal nas águas do risco” [do perigo abstrato, ao invés do resultado concreto] “só poderá trazer a sua ‘funcionalização’ e ‘desformalização’”.

Registrando que esta “atribuição de funcionalismo” seria derivada dessa “retirada do formalismo” do direito repressivo estatal, tendo, como exemplos, o acolhimento de escolhas político-criminais que primam pela adoção das leis penais em branco, assim como pela utilização de tipos que contenham disposição genérica (imprecisa) e de conceitos jurídicos vagos (dependentes da interpretação de cada aplicador da lei para que possa ser alcançado o seu sentido).

Devendo acrescentar a consequência de gerar a relativização ou supressão de elementares do direito clássico (essenciais, portanto), como as da autoria, da participação ou da culpabilidade em sentido estrito, além do nexo de causalidade, do crime tentado e consumado. Isso, sem qualquer hesitação, proporcionaria enorme confusão quanto a existência de tão importantes dogmas da Ciência Penal.

Para agravar tal quadro, aponta-se que fatos jurídicos até então apenados somente pelo ramo administrativo, no contexto atual, passaram a fazer parte do rol dos ilícitos criminais, sendo que o crescente número de registros da ocorrência de delitos tem por efeito fazer com que o legislador penal esteja inclinado, cada vez mais, a criar tipos de resultados antecipados e a agravar a sanção estatal pela prática do ilícito.

E, como sempre, a argumentação utilizada é a de que o pensamento repressivo clássico, estando voltado para a imputação individual, mostra-se ineficiente e incompatível para tutelar os interesses de um direito repressivo estatal da atualidade.

Em sendo adotada a tese de remessa dessas inovações atuais para outros campos jurídicos, além do direito repressivo original (direito de intervenção, de HASSEMER), os

ilícitos referentes às novas situações de risco, causados pela conduta humana nos diversos segmentos técnico, científico e econômico, ou seja direito ambiental, do consumidor, econômico (e outros tão importantes), também restariam isentos da crítica que se faz quanto a aplicação do denominado 'direito penal do perigo abstrato'.

Sem embargo de dizer que os atos humanos, ainda hoje previstos como sancionáveis nos preceitos secundários de algumas figuras típicas, embora tenham adquirido uma nova valoração social (com a escolha feita pelo legislador penal ordinário de elencá-los como ilícitos penais), alcançando, em razão disso, relevante visibilidade na sociedade, não demonstram atender aos requisitos essenciais dos crimes.

3.1.1 DO SENTIMENTO DE INSEGURANÇA SOCIAL FRENTE AOS NOVOS RISCOS

Como já apontamos anteriormente os traços característicos da denominada “sociedade de risco” aparecem e tem o seu desenvolvimento teórico com o Sociólogo Ulrich Beck (em 1986) o qual, com suas explanações, pretende apresentar os problemas da atualidade (ou do período contemporâneo, como dizem alguns), apontando possíveis soluções.

Para o doutrinador, tendo em vista que “a produção social de grande parte da riqueza vem acompanhada por igual produção de riscos”, torna-se imperioso haver a atuação estatal (e, para alguns com o mais repressivo dos ramos do direito) em áreas novas, como a economia, meio ambiente e outras.

É fato público e notório que os avanços tecnológicos, com o incremento desenvolvimentista de várias áreas do conhecimento humano, fizeram surgir novos cenários que reclamam maior atenção e tutela ao homem individualmente considerado.

Esse processo de mudança (representativo de uma evolução humana, sem dúvida), desencadeado de forma diuturna, discreta e, relativamente independente dos fatos jurídicos, alteraram os fundamentos da Sociedade capitalista (industrial e financeira).

Ora, diante dessa situação fática de constantes alterações (ininterruptas), seria natural que os indivíduos, que vivem nesses grupos sociais, buscassem dar mais valor às certezas do passado. Eis o quadro exurgente, no qual são confrontados momentos pretéritos e do presente, para que haja escolha entre uma ou outra vertente, a saber, a antiga, mais socialmente estável - por já ser conhecida - ou, a presente realidade transformadora.

Com o pensamento de GIDDENS (1991) - que denominou o fenômeno de “modernidade reflexiva” -, podemos dizer que o confronto entre o legado das convicções pretéritas e as inovações sociais hodiernas, tem o condão de dar à modernização esta característica de reflexão.

Mas o que surge como grande dúvida é se o direito estatal, principalmente, o seu ramo mais repressivo, pode ser o instrumento para dar assegurando a tranquilidade das relações sociais, diminuir os riscos causados pelos notórios avanços tecnológicos e os fatos jurídicos causados.

Ora, uma vez que se trata de uma característica, embrionária e irrenunciável desse ramo mais repressivo do direito (o penal), a de ter também como atribuição a tutela do universo de direitos fundamentais (que justificam, na evolução da humanidade, um padrão mínimo à dignidade do ser humano), como se conceber que o clássico direito, possa, de repente e sem o devido preparo científico, ser um instrumento para ajudar na resolução de todos os problemas da “sociedade de risco”?

Para FARIA COSTA (2003), nesse mesmo caminho por nós trilhado, este padrão mínimo, que foi reservado ao ser humano, estaria elevado ao patamar de conquistas humanas indispensáveis à sobrevivência humana, devendo ser garantido a todo custo.

E ao direito punitivo clássico, como atividade estatal típica, seria obrigatório assegurar a proteção de tal vetor jurídico de notória proeminência ética individual.

Também, em face da clareza do pensamento, trazemos o escólio de FIGUEIREDO DIAS (2001):

Assim, por exemplo, a legitimação da intervenção penal não pode hoje ser vista como unicamente advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores, mas tem de ser dotada de critérios funcionais de *necessidade* (e de consequente utilidade) *social*. Daí também que a pena não mais possa fundar-se em exigências de retribuição ou expiação da culpa, mas apenas em propósitos de prevenção (nomeadamente de integração positiva), geral e especial. O que por sua vez conduz a uma directa ligação deste via de legitimação à questão da função do direito penal, que agora não pode ser vista na defesa, promoção ou realização de uma qualquer ordem moral, mas na tutela da ordem legal dos bens jurídicos, necessariamente referida à ordem axiológica constitucional”

Por fim, dentro do presente cenário global, verifica-se o visível contraste da vida em sociedade, no qual os avanços tecnológicos da atualidade, como instrumentos que propagavam assegurar aos indivíduos iguais chances de terem uma existência segura e mais prazerosa, quando comparada ao período anterior, em verdade, acabam por proporcionar novos fatores de preocupação humana e diversos riscos, ambos causados pela própria fase desenvolvimentista.

Surgem, agora, intervenientes, jamais antes imaginados, tais como as questões acerca de armas nucleares (indagando-se a quem e como responsabilizar, caso sejam utilizadas) e a destruição e inutilização de ecossistemas ambientais (tragédias sempre divulgadas pelos meios de comunicação).

Apontando-se, como agravante, que estas situações têm a potencialidade (lesiva) de por em perigo toda a humanidade, afetando não só a sociedade local, mas a toda espécie humana, sem qualquer distinção.

3.1.2 A SANÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA?

Em razão do produto resultante das atividades de risco, ser de tamanha grandeza, a sociedade, desenvolvendo um forte sentimento de insegurança - embora falso por ser manipulado por órgãos de comunicação (do tipo popular ou que atende a expectativa da grande massa) - , tende a reivindicar mais rigidez na resposta estatal para o que foi, por critério político, escolhido como ilícito (provocado pelo “perigo atual”).

O objetivo do clamor é, com maior severidade no controle do estado (imaginando, ainda, estarmos nos moldes do *Welfare State*, do estado do bem-estar social, das décadas de trinta e quarenta do século passado), diminuir os contornos dos riscos da atualidade.

Então, em face do alarme global, provocado por atuais e relativos riscos que pairam sobre a espécie humana como um todo, destacadamente na seara ambiental (e outras coletivas), com perigos visíveis a sobrevivência planetária, aproveitando-se, também, da doutrina de BECK (1999) - dos riscos da atualidade -, a qual, ainda traz em si, uma vertente racional e instrumental, fundamentada no credo do quadro evolutivo sem limitação, esquece-se a tese do risco permitido (o qual era tido como natural no processo inicial de industrialização, como visto na Inglaterra, pois o importante era o crescimento dos estados), e verifica-se o incremento da busca, cada vez mais, pela prevenção e segurança sociais.

Deve valer-se o ente estatal, para lograr êxito na missão que lhe é passada, de comandos repressivos (punições) e, notoriamente, convocando o direito penal (integrante do sistema jurídico, instrumento de legitimação do agir estatal), justamente para estender seu domínio (do direito repressivo) a áreas novas (ainda que de feição coletiva, social).

Isso, dando ensejo, na seara da esfera jurídico-penal, a uma verdadeira e grandiosa guerra entre teorias sociológicas, sem mencionar as imensuráveis discussões quanto a

sustentação da (i)legitimidade desta tutela.

E, mais, voltando-nos para a questão prática de resolutividade, bem como sobre a dimensão dos riscos, seja os do presente e os do futuro, restam gritantes questionamentos se, mesmo com a tutela do direito repressivo, eles podem ou não ser previstos e prevenidos.

Com efeito, de maneira totalmente conflitante, é requerido que o direito repressivo clássico seja um complexo sistemático jurídico de ordenação de liberdade, levando-se em consideração sua função delimitativa dos poderes do estado na intervenção junto ao integrante individual do grupo social, uma vez que, como já consagrado, esta se mostra, como defendido nos ideais iluministas, a melhor maneira da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Mas, em contraposição, convoca-se este ramo mais repressivo do direito para que seja, concomitantemente, um outro complexo jurídico de garantia da segurança social, utilizando-se dele para a ampliação dos poderes estatais, em face da tutela exigida dos novos riscos tecnológicos e evolutivos da humanidade atual.

Cumprindo ressaltar, também, que, pare esta última, o direito repressivo estatal passa a dar a proteção a bens jurídicos metaindividuais, através da utilização de mecanismos como os tipos penais abertos, havendo ainda o reenvio nas tipificações para outras normas complementares (leis penais em branco), mas, sobretudo, a adoção, em larga escala, dos fatos típicos de perigo abstrato.

Tudo, fruto de ideais expansionistas, sobretudo estimulados pelos canais de imprensa da *mass media*, tendo gerado o surgimento de ideologias políticas (apregoadas como se fossem de política criminal), intrinsecamente relacionadas ao discurso de prevenção, mas esquecendo-se, enquanto elemento essencial da sanção, da base natural (bem jurídico-penal) que deve estar contida nas previsões típicas dos delitos.

Ainda que sob ferozes críticas dos cientistas do Direito penal, o que mais temos verificado é a implementação de figuras típicas que almejam, por meio do enquadramento como "delitos de perigo abstrato", antecipando sua coerção dentro da esfera de liberdade do agente, tudo com fundamento na vã "esperança de poder puni-lo antes que a sua conduta alcance a lesão concreta do bem jurídico"⁷.

Assim, o direito punitivo estatal alarga-se, passando a tutelar os novos riscos e, para o estabelecimento do bem jurídico, utiliza-se de conceitos imprecisos, indeterminados, além de outros mecanismos como as leis penais em branco, em detrimento de vários princípios inerentes do direito penal, entre eles, o da legalidade, proporcionalidade, culpabilidade. Sem mencionar a violação a normas internacionais e fundamentos constitucionais, no que se refere à dignidade do ser humano, como valor essencial e básico de todo sistema jurídico-penal.

Mas, uma vez que alguns novos tipos delitivos tutelam interesses metaindividuais - nos quais o fator individual se mostra invisível -, a tipificação penal de novas condutas humanas, nos campos das relações consumo, econômicas, do direito ao meio ambiente, tanto deixa de ter como parâmetros bens jurídicos concretos, como esquecem o referencial do direito repressivo clássico, o do objeto da tutela do direito penal (bem jurídico individual).

Por fim, verifica-se que isso gera um resultado antecipado de proteção ao interesse, objeto da tutela, bem como que o foco da gravidade do delito migra da lesão (efetiva) do bem jurídico para a descrição típica do delito de perigo abstrato. Com isso, passa a surgir grandes questionamentos quanto a função atribuída ao direito penal e aos seus instrumentos na proteção dos novos riscos.

7 FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal, p. 37.

3.2 DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: CRISE E EXPANSÃO.

A evolução das civilizações, principalmente, do período pós-segunda guerra mundial, com avanços tecnológicos imensuráveis (internet e tantos outros), a facilidade de acesso a informações, e a estrutura do mundo globalizado, sem embargo da inviabilidade da utilização do direito repressivo clássico para diminuir os “riscos sociais”, tem feito, de forma constante, com que o direito que, quase nunca acompanha esse processo no mesmo ritmo, possa se deparar com situações antes nunca previstas e, pior, sem qualquer previsão normativa.

Nesse sentido, há quem defenda que o Direito penal clássico entrou em verdadeiro colapso, sendo necessária uma verdadeira reformulação de seus conceitos, para acompanhar as mudanças.

Assim, também, quanto ao necessário cotejo que deve ser feito com a Lei Maior do país, uma vez que é a constituição que legitima o direito penal, fundamentando-o e deve sempre lhe servir de parâmetro (com seus princípios e regras) para o que seja convencionado como crime.

ALBAN e CARNEIRO (2014), expressamente fazem menção a uma verdadeira crise de paradigmas pela qual passa o direito penal:

Acostumado a aplicar o processo de subsunção do fato à norma, guiado pela hermenêutica normativa, e aliado ao fato de que não há, em âmbito Penal, tipo legal previsto na Constituição, o profissional do Direito parece ainda não ter se dado conta de que ele é o responsável pela construção do sentido da norma, em um processo de interpretação que não pode olvidar os ideais eleitos pelo Constituinte de 1988 e condizentes com um Estado Democrático (e moderno) de Direito. Em outras palavras: o operador deve entender que o conteúdo do injusto não está contido no tipo penal, pois este não é dotado de vida nem sentido próprios, devendo ser afastado o entendimento de que a norma resta adormecida em um mundo idealizado do qual deve ser resgatada por intermédio de um processo de subsunção.

O injusto é construído, em um processo de significação, pelo próprio

intérprete, que assim age norteado por sua bagagem histórico-sociocultural e por seus pré-juízos/pré-compreensões, e deve observar não apenas o quanto previsto no Código Penal ou na legislação especial, mas, principalmente, em cada caso concreto, os valores eleitos de acordo com a política criminal e princípios elencados na Constituição, não obstante o respeito ao princípio da legalidade.

3.3 TIPO PENAL SIMBÓLICO E A OPÇÃO DO LEGISLATIVO

A doutrina também aponta, como uma das grandes dificuldades da norma penal, a tarefa de se estabelecer entre o que seja realmente efetivo e o meramente simbólico, isso a fim de se atribuir à conduta (ilícita) o caráter de crime ou de apenas violação aos outros ramos do direito.

Para o pensamento de HASSEMER (2008), a resposta mais direta à pergunta - "quando o o direito penal cumpre de forma satisfatória a sua missão?" – (ou seja, a distinção entre efetividade e simbolismo, portanto), seria a que apontasse o que ele (direito penal) faz e quando realmente protege os bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada.

Mas, é possível trabalhar, inclusive no atual contexto (social e de avanços tecnológicos surpreendentes), com a idéia de bem jurídico concreto, certo e determinado?

Impende salientar, novamente, que deve ser esse o referencial para a questão da legitimidade da função típica do legislador criminal (ao criar os tipos penais, pelo único instrumento possível segundo a nossa Constituição Federal Garantista – a lei).

Sem olvidar, no caso do Brasil, da desenfreada vontade política do legislativo de criar tipos penais de perigo abstrato (em que há o desprezo pela efetivação do resultado da

conduta do agente), ou mesmo simbólicos, com o singelo argumento de que se pretende dar “maior proteção” a bens jurídicos relevantes (meio ambiente, ordem pública, trânsito, combate ao terrorismo, corrupção e à criminalidade organizada).

Ocorre que, tais decisões políticas dos representantes do parlamento, quase nunca, são precedidas de estudos de Criminologia para saber se gerará, realmente, a proteção ao bem jurídico (com a consecução do caráter de prevenção geral do direito penal – dirigido a todos integrantes da sociedade) e se a sanção contida no preceito secundário do tipo restará suficiente e mais adequada (para a ressocialização e falta de estímulo à reincidência específica).

E, pior, muitas vezes, as soluções políticas adotadas, pelos congressistas nacionais, não são precedidas do confronto necessário com os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição.

Dissertando sobre qual seria a compreensão do caráter simbólico do crime (no exemplo que o autor menciona, o de genocídio no código penal alemão), a qual, igualmente podemos tomar, na nossa realidade, como paradigma para alguns tipos penais pátrios, HASSEMER (2008), preceitua:

Portanto, “simbólico”, em sua compreensão crítica, consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela norma. Aqui, como já se observa na própria conceituação dos termos, deve se entender por “funções manifestas” exclusivamente aquelas concretizações da norma que sua própria formulação enuncia, a saber, a disciplina de todos os casos concretos futuros por ela definidos, ou, noutros termos, a proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma. Já as “funções latentes” são variadas e multiformes, se sobrepõem parcialmente, e vêm recebendo numerosas designações por parte da doutrina: desde a satisfação de “uma necessidade de ação” presente, a um apaziguamento da população, até a demonstração de um estado forte. A previsibilidade da eficácia de uma norma se mede pela qualidade e quantidade das condições objetivas postas a sua disposição para sua concretização instrumental. A prevalência das

funções latentes estabelece o que aqui vem sendo chamado de “ilusão” ou “dissimulação”: os objetivos de regulamentação proclamados pela norma são, comparativamente, diversos dos efetivamente esperados; não é possível confiar naquilo que a norma publicamente proclama. E assim, na delimitação do “simbólico”, não se trata de conferir a aplicação da norma, e sim, frequentemente, de verificar a sua formulação e sua edição. Certas normas [...] dificilmente permitem prever qualquer aplicação.

Aponta, ainda, alguns pressupostos para se constatar a existência desse caráter simbólico de alguns tipos penais.

Primeiro, a orientação para as consequências (resultados práticos) e a prevenção – no sentido de realização dos interesses da sociedade, ao revés da análise dos casos individuais.

Depois, sustenta que, nos tipos, deveria haver a exclusão das inspirações volitivas (do legislador), uma vez que os parlamentares geralmente calam-se sobre a sua vontade (ou a dissimulam), havendo ainda os acordos políticos e os apelos religiosos, econômicos, sociais. Sugerindo, diante disso, a busca do fundamento objetivo e a possibilidade de um resultado.

Também, a necessidade da analogia com o sistema penal como um todo, diante do caráter instrumental de cada tipo para que se tenha o alcance real do cumprimento da sua função.

E, por último, sugere ser imprescindível que se tenha (pelos cientistas do direito penal) uma aptidão crítica, para o reconhecimento dos três aspectos anteriores, identificando o tipo simbólico, vez que, aquele com o traço da efetividade também possui efeito desta natureza, mas de forma secundária.

Sobre o prejuízo do caráter simbólico ao direito penal, HASSEMER (2008, p. 230), conclui:

O Direito Penal simbólico é multifacetado. Ele marca um Direito penal que se inspira menos na proteção dos respectivos bens jurídicos do que no

atingimento de efeitos políticos de longo alcance, com a imediata satisfação de uma “necessidade de ação”. Trata-se de um fenômeno de crise da Política criminal moderna orientada para as consequências. Esta tende a transfigurar o Direito penal em um instrumento guarnecedor da Política, aduzindo-lhe bens jurídicos universais e crimes de perigo abstrato. Este Direito penal ajusta-se às concepções de “insegurança global” numa “sociedade de risco”. O Direito penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal.

Assim, forçoso concluir que, ao mensurar certas condutas violadoras do ordenamento jurídico, a escolha legislativa em não criar ilícitos penais de caráter simbólico, podendo a conduta merecer outras reprimendas que não as típicas do estatuto repressivo, mostra-se, em razão do apresentado, além daquelas que norteiam o Sistema Garantista e o Sistema Internacional de Direitos Humanos, como a mais escoreita.

4 DA ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Estabelecidas as premissas, na forma como já o abordamos, pensamos em trazer, a esta dissertação, importante dúvida quanto ao que há de se entender como administrativização do Direito Penal.

Devemos, de logo, esclarecer que será levado em consideração o pensamento de de Jesús-María Silva Sánchez, em sua obra “A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”, sendo o alcance do termo, escolhido pelo mesmo, o que foi utilizado neste trabalho.

Com efeito, encontramos na obra clássica, de SILVA SANCHEZ (2013), alguns contornos que nos permitem escolher uma noção sobre o tema, sendo que isso será dissecado neste capítulo.

Para o autor espanhol, o Direito penal clássico é um instrumento manifestamente inadequado para sustentar objetivos políticos ou controlar situações problemáticas bem como prover a ampla prevenção de situações perigosas (inclusive as decorrentes dos novos riscos).

E, logo de saída, registramos que o Direito Penal, em razão da forma como deve ser utilizado e, sobretudo, pela preponderância de um Sistema Constitucional Garantista, é instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou prover a ampla prevenção de situações perigosas.

De forma percuciente, SILVA SANCHEZ (2013), ao mencionar o critério escolhido para tal vertente da legislação contemporânea, tem a mesma opinião:

Criminalidade e medo do crime não são como a coisa e sua imagem no espelho. Sentimentos de ameaça e insegurança são menos reflexos de ameaças

reais, mas também consequências de situações de “des-solidarização” e intraquilidade sociais. Não é a ameaça real da criminalidade e da violência que constitui o fator decisivo para a política de segurança pública e sim a percepção de tal ameaça pela coletividade. Tais sentimentos de ameaça dominam a população, são canalizados para reivindicações de imediata exacerbação dos meios coercitivos e tornam a flexibilização e corrosão dos direitos fundamentais pelo estado não só toleráveis como objeto de exigência da população. Porém, não existe a mais remota relação causal entre ameaça e sentimento de ameaça, pelo contrário: há mais medo do crime entre grupos sociais onde a probabilidade de ser sua vítima é mais remota. A recíproca também é verdadeira (grifo nosso).

Mas, na Sociedade contemporânea é vivenciada uma enorme - embora sem fundamento - sensação social de insegurança, em razão da postura individualista dos seus integrantes (o que alguns doutrinadores denominam de “narcisismo social”). E o homem, da atualidade, vive isolado e voltado para os seus próprios interesses.

De sorte que a segurança converte-se em pretensão social e o estado com o direito penal deve dar a resposta ao anseio social. E, ainda, aparecem, cada vez mais, demandas por ampliação da proteção penal para por fim a angústia, mesmo que (para isso) seja preciso diminuir as garantias clássicas, como, por exemplo, direitos humanos (de repercussão internacional) e sua positivação numa Lei Maior como direitos fundamentais.

Do atual quadro de (in)segurança pública, assistimos perplexos, que o que mais tem ocorrido é a conversão do sentimento de medo, em pretensão social pelo recrudesimento das sanções típicas do direito penal, como se o estado com o direito penal devesse dar a resposta a cada veiculação, em grande escala, de crimes violentos que são perpetrados.

Aparecem, cada vez mais, demandas por ampliação da proteção penal para por fim a angústia social mesmo que (para isso) seja preciso diminuir as garantias clássicas (tanto os direitos humanos, e sua positivação numa lei maior, como direitos fundamentais).

Registramos que, também o legislador penal, tem adotado como critério a

criminalização dos atos preparatórios para a prática de crimes (e, até às vezes, os fatos anteriores), os intitulados como “delitos de perigo”.

Nestes, como existe a impossibilidade fática de se garantir, a todos (com medidas preventivas), a Segurança Pública (ou outros bens de interesse coletivo ou difuso), e isso podendo traduzir, em muitas ocasiões, uma situação de intranquilidade e instabilidade social, ou, ainda, levando-se em consideração que, em face da ineficiência do aparelhamento jurídico processual e penal, não se tem como se chegar à causalidade – que deve determinar a sujeição de alguém aos fatos (crimes) – o Estado, simplesmente, “antecipa” os resultados, criminalizando as condutas prévias ao delito.

Um dos argumentos para a justificação, desta postura, decorre do princípio da prevenção — a medida seria escorreta, pois existe a suspeita do risco —, os crimes, com o princípio adotado, têm como previsão atos humanos suposta e genericamente perigosos⁸. Não requerem, uma antijuridicidade material, mas meramente formal. O resultado não é importante, uma vez que não importa que ocorra, efetivamente, o dano temido e, caso se concretize, haverá tão só o exaurimento.

Deste posicionamento, pode se deduzir, ainda, que se confere uma importância muito maior ao sujeito passivo do delito (do que ao agente), ou seja, para que ocorra o ilícito penal sequer importa a existência efetiva do perigo, bastando, para o crime, que esse resultado (ameaça/risco) possa ser atingido pelo sentimento da vítima.

No Código Penal Brasileiro, pode-se citar como exemplos de delitos de perigo os

8 SOUZA (2007, p. 108): não importa se o perigo representado pelo risco de que algo vá acontecer venha a se concretizar ou não. Basta a possibilidade de sua ocorrência para que se gere uma realidade social nova, para que um novo valor tido pelo grupo como algo digno de proteção seja violado, ou seja, para que a sensação de segurança se transforme em insegurança.

previstos nos artigos 288⁹ e 291¹⁰, respectivamente: associação criminosa e petrechos para falsificação de moeda. E, na atualidade, vemos tal técnica legislativa se espalhar em leis esparsas. Essa é a tônica que impera na legislação dos crimes ambientais e das relações de consumo, tudo em virtude da necessidade da proteção desta novas espécies de bens jurídicos (transnacionais, supra-individuais).

Constata-se que, sendo os conceitos mais imprecisos (ou determináveis por interpretação) e tornando-se mais difícil a tarefa de se visualizar uma infração concreta, o legislador ao optar por essa “criminalização do antecedente”, pretende, com base em premissa falsa, “isentar” os intérpretes (penalistas) da responsabilidade de, na hora da aplicação da lei, desenvolver a atividade lógica de, verificando o nexo de causalidade, alcançar a real lesão do bem jurídico penal. Mas, ao preço, de deixar frustrado o sentimento social da confiança e credibilidade nas instituições públicas.

E, na prática, podemos constatar que (os delitos de perigo) se consubstanciam num dos meios mais usados de juízo de antecipação penal, bem ao molde dos reclamos da Sociedade do Risco.

SILVA SANCHEZ (2013) também critica os denominados “delitos de perigo”, visto que a impossibilidade jurídico-penal de consecução do resultado (antecipado) ou processual (dificuldade durante o curso da instrução de produzir a prova quanto a ocorrência da lesão) podem resultar, em muitas ocasiões, nas indesejáveis situações de insegurança, incerteza e injustiça.

Outra crítica, a de que, não é a mera causalidade que determina a sujeição de alguém

9 Art. 288 - Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos.

10 Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

aos fatos de um crime e a suas consequências, – sentimento, que pode ter a vítima da sanção aplicada, em face da sua 'hiperresponsabilização', como sujeito ativo do crime -. E isso, como está explicitado na sequência, proporcionar, ainda mais, uma legislação simbólica.

Ao mencionar sobre essa situação, da diferença entre as política de segurança pública e criminal, além das consequências da “escolha”, pelo direito repressivo estatal, para dar resposta esperada pela Sociedade, conclui SILVA SANCHEZ (2013) que:

Portanto, a política de segurança pública deve não apenas considerar as causas da criminalidade e da violência como também os múltiplos fatores da sua percepção social. ... O sentimento de ameaça não se concentra em agressões criminosas; ele é difuso, estende-se em múltiplas direções. Assim, a marcante diferença entre ameaça da criminalidade e sentimento de ameaça não exigiria, afinal, qualquer diferenciação na política de segurança pública e conduziria, numa perspectiva de longo prazo da Política criminal e de Segurança pública, ao mesmo objetivo estratégico para o problema do medo e da insegurança: iniciar e favorecer processos de solidarização e estabilização das normas (o destaque é nosso).

Observando o cenário atual, reconhece-se a impossibilidade da volta ao modelo penal clássico (originado no Iluminismo), principalmente diante os fenômenos que vêm sendo verificados, hodiernamente, e que demonstram uma progressiva tendência expansionista do direito penal da contemporaneidade.

Neste sentido, há quem sustente, com claro propósito conciliatório, que deveria haver a volta ao Direito penal (do Estado) Liberal, na versão clássica apenas quando fosse destinado à proteção de bens essencialmente personalíssimos e do patrimônio. E, aqui, com estrita obediência ao princípios mandamentais das normas internacionais e constitucionais (por causa dos direitos fundamentais).

O principal fundamento, para este pensamento, seria o de que o direito repressivo estatal pode recuperar (e deve ser mantida) a sua configuração ordinária, de assegurar os direitos básicos dos cidadãos, em face da atuação punitiva do estado.

Mas, surge o obstáculo de que, observando a situação atual do Direito penal vigente na maioria dos países, verifica-se que há um cenário predominante de abstratas cominações de penas de prisão, até consideradas de gravidade média, para hipóteses de “fatos administrativizados” (perigo abstrato, sem levar em consideração a efetiva lesão ao bem jurídico-penal).

E, o que é pior, essa opção legislativa funcionando como “resultado” de, ao mesmo tempo, da diminuição de regras de rigidez (da formalidade essencial do penal clássico) e da flexibilização de princípios político-criminais, constitucionais e internacionais.

Já, os que são contrários a esse retorno integral do direito penal ao modelo clássico, como, por exemplo, o autor espanhol (tomado como referencial neste tópico), sustentam que a pretensão se faz, totalmente, com elementos anacrônicos (pois não estamos mais na idade moderna, o modelo clássico não mais se coaduna com os avanços tecnológicos e as mudanças ocorridas nas sociedades contemporâneas), além de ucrônicos (de forma utópica, como se quisesse dizer que se a história fosse de outra forma, seria outro o resultado).

E, uma boa parte da doutrina chega a propor uma radical redução do direito penal clássico só aos bens jurídico-penais voltados à proteção da vida, da saúde, da liberdade e do patrimônio.

Os defensores desta teoria (reducionista dos bens jurídicos) sugerem que, a maior parte da expansão do direito repressivo estatal, deve ser direcionada a outro ramo jurídico (com o qual mantém certo relacionamento), a saber, o administrativo sancionador. E, fazendo uso da representação gráfica, como se tratam de círculos posicionados lado a lado, que se tocam, situa-se, antes do limite da linha divisória de cada e da intersecção, o campo de atuação de um e do outro.

Ao falar sobre o que entende como “administrativização” do direito penal, SILVA SANCHEZ (2013), preceitua:

Pois bem, é possível afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais a assunção, em ampla medida, de tal forma de racionalizar, a da lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente própria do administrativo. É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de “administrativização”, em que a nosso juízo, se acha imerso o Direito Penal. E tal poderia nos levar ainda mais longe: assim, não somente a afirmar que o Direito Penal assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador, senão que inclusive a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais.

A progressiva transformação do Direito Penal nas modernas sociedades de comportamentos massificados, em um elemento a mais do direito de gestão se mostra bastante evidente no ponto de vista que se acaba de explanar. Parece claro que, também para o Direito Penal, o fator decisivo começa a ser o problema das grandes cifras e não a dimensão de lesividade do comportamento individual” (o destaque é nosso).

SILVA SANCHEZ (2013), verifica que há uma tendência ao acolhimento dessa nova visão do clássico ramo jurídico, apontando, como exemplos, o Direito de infrações da ordem (Alemanha) e o Administrativo sancionador (Espanha) e, para defender o que ele (o autor) sustenta, sugere que devem ser observadas algumas premissas.

Do apresentado, sugere, como ponto de partida, a relação direta entre as garantias fundamentais de um determinado sistema de imputação (no caso pátrio, por exemplo, a operação resultante do garantismo e da política criminal), considerando-se, ainda, a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação. Tudo, para chegar ao que entende como o mais acertado - que se tenha para as sanções de rigidez decrescentes (principalmente as penas não privativas de liberdade), um direito repressivo de segunda velocidade - podendo haver a flexibilização de princípios político-criminais e fundamentais, só para estas últimas.

Surge, nesta sequência, para o autor espanhol, outra questão, ou problema, não tanto

quanto ao fenômeno de expansão do direito penal de forma generalizada mas, senão especificamente, a expansão do “direito repressivo da pena privativa de liberdade”, sendo que ele esforça-se em defender que essa sanção, pela sua gravidade, é que deve ser contida.

E, aqui, está o gérmen, o embrião para que a administrativização do direito penal, sendo utilizada (como já tem sido feito em larga escala na atualidade), não possa se valer da mais grave das sanções previstas pelo direito penal, a privativa de liberdade, além de que, os direitos coletivos, possam ser tutelados pelo novo ramo próximo (mas diferente) do penal clássico, por maior compatibilidade com os avanços das relações contemporâneas .

Observa-se que o ramo jurídico surgido da administrativização, por menos pretensioso e presunçoso, além de menos grave, do que o Direito Penal, não enfrentaria tantas críticas no que se refere às garantias materiais (mandamentos das normas internacionais e constitucionais), além das processuais. E, ainda, disporia de sanções menos intensas que as (penas típicas repressivas) tradicionais.

Por outro lado, sem sombra de dúvida, o direito penal clássico mostra-se mais neutro, principalmente no que diz respeito à política (legislativo e executivo), havendo, também mais imparcialidade da jurisdição.

No Administrativo torna-se mais difícil a utilização das técnicas de neutralização, muito utilizadas no penal clássico, tais como a presunção do estado de inocência, na dúvida deve se decidir em razão do acusado, o ônus da prova para o órgão acusador e outras.

4.1 DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE

Não podemos olvidar que, na contemporaneidade, com o gigantesco avanço tecnológico, o direito penal criado para lidar, essencialmente, com o individual teve de se deparar com novo cenário em que as relações passaram a ser coletivas e difusas e, por consequência, houve um incremento nos denominados “crimes transnacionais, globalizados”, envolvendo um número infinito de vítimas, não raramente atingidas numa velocidade estrondosa.

E o que se pode entender por esta tão mencionada “globalização”? Qual é o sentido da palavra? Falando sobre a ideia do que seja o fenômeno, FERNANDES (2001), assim preceitua:

[...] podemos falar da globalização como sendo um estreitamento e aprofundamento espacio-temporal de toda uma estrutura económica, social, política e cultural, suportado por uma densa, complexa e interligada rede de comunicações que, possibilitando-o, acelera ainda mais todo um processo de diluição (outra vez a figura do 'Leviatã' nos assalta...) do uno no múltiplo, do ser-aí-diferente no ser-em-todo-lado-igual, de caldeirão onde se fundem diversidades culturais, económicas, políticas e sociais em consequência do qual cada vez menos se encontra um eu 'genuíno' [...]

E, então, há de se perguntar como fica a situação do direito penal clássico, concebido para lidar com a conduta individualizada, tendo como referência o direito nacional de um país? Sendo, também, oportuna: as características do clássico são compatíveis com este novo contexto?

Da ideia de "aldeia global", advém outro fator marcante para o direito penal da atualidade, qual seja, o de "Sociedade do Risco" (expressão de ULRICH BECK).

Sim, da rapidez de comunicação, grande incremento intelectual e tecnológico, bem como da complexidade das interações nacionais e mesmo humanas, surgem grandes, freqüentes e rápidas alterações no contexto do cotidiano social.

Em razão da efemeridade dos contornos em que se baseiam as relações humanas contemporâneas, os indivíduos vivem uma permanente sensação de instabilidade, a qual se mostra predominante desde a década de oitenta nas sociedades pós-industriais.

Como fator agravante, para a mera possibilidade de risco advindo das relações humanas, tem se pautado a tendência à adoção de respostas penais ao invés da utilização dos outros ramos do direito.

O sentimento geral de insegurança é fruto, em grande parte, da decepção suportada pelo homem moderno – que acreditava que, em razão dos vários avanços tecnológicos, poderia extirpar os riscos –, mas se esqueceu que, em face das grandes inovações, poder-se-iam ter novas situações de perigo.

O falecido Papa João Paulo II, em sua Encíclica “*FIDES ET RATIO*” (1998), Capítulo IV, já tinha escrito que o homem vive cada vez com medo, temendo que seus produtos, principalmente os de sua iniciativa e de maior genialidade possam se voltar, de maneira abrupta, contra si mesmo.

Não podemos esquecer, também, da colaboração da *mass media* - expressão que demonstra o poderio dos veículos de comunicação e a manipulação dos grandes aglomerados de pessoas sob sua influência –, ficando os atingidos pelo alcance do meio de comunicação (como, notadamente, a televisão, mas também, o rádio) “submissos”, diante dos

direcionamentos dos detentores de poderosos instrumentos, principalmente através das escolhas do que deve ser publicado e a forma como é feita a divulgação. Ou seja, a situação de terror, já vivida pelos integrantes da sociedade contemporânea, é potencializada pela atuação desses veículos de comunicação.

Neste sentido – o da *mass media* (e reflexo da mesma para o aumento do sentimento de insegurança) – ALBRECHT (2000) preleciona:

La criminalidad y la persecución penal no sólo tienen valor para el uso político, sino que son también el objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación. Se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable.”

Em uma Sociedade do risco, que já é susceptível à criação e manutenção de situações aparentes de perigo, o comportamento dos comunicadores termina por intensificar a sensação de medo, apresentando-as de maneira muito mais gravosa do que realmente é. A população, por sua vez, receptora das referidas informações, absorve as notícias negativas de maneira acrítica e se comporta como se efetivamente estivesse todo o tempo na iminência de concretização da ameaça.

Assim, factível que pudesse ocorrer um verdadeiro colapso para os estudiosos do direito penal, como nos aponta CAVALCANTI (2014):

As causas da profunda crise no Direito Penal, estão na raiz da alteração que ocorre atualmente no Sistema Criminal. O Direito Penal Clássico, sempre ocupado com a tutela dos bens jurídicos individuais, cede espaço para um novo Direito Penal, destinado a proteger os chamados Bens Jurídicos “supra-individuais” (ordem econômica, meio-ambiente, relações de consumo, etc.). Porém, esse Direito Punitivo contemporâneo passa a ser, equivocadamente, identificado como a solução única ao aumento da macro criminalidade.

E o direito penal clássico, assim como todo ordenamento jurídico positivo, além de não acompanhar as rápidas mudanças da sociedade contemporânea, ainda, por mera

presunção, como entendem alguns, almejaria ser utilizado para regular as novas relações sociais e, dentro da sua esfera de atuação, também, objetiva ser o instrumento de controle para pacificação de todos os conflitos.

Falando acerca do direito penal moderno, e como ele pode ser usado como instrumento de controle social HASSEMER (2008) registra:

Difusão simbólica de uma vida conforme ao Direito por intermédio do emprego instrumental do Direito penal: este é, com certeza, o traço marcante do de um Direito Penal moderno desde o término – se é que alguma vez houve um início – de uma fundamentação da pena radicalmente absoluta – desde Lobe, passando por Nagler até Maurach e Welzel – consistiu, na verdade, na fixação de fins preventivos da pena, no sentido aqui empregado. Afinal, não se trata aqui apenas de uma concretização instrumental do Direito penal e da justiça penal, mas sim, por meio delas, do atingimento de fins preventivos especiais e gerais: transmitir ao condenado o sentimento de sua própria responsabilidade, proteger os valores ético-sociais mais caros à população e fortalecer as convicções ético-sociais. Trata-se, em síntese, da afirmação do Direito e da promoção do respeito geral à lei.

Já quando chegamos ao direito penal contemporâneo, nos valem, ainda, da preceituação de CAVALCANTI (2014):

O Direito Penal de nossos dias depara-se com uma imensa dificuldade: a evolução tecnológica exponencial levou à sensibilização intensa de determinados setores da sociedade aos riscos causados por essas tecnologias. Daí deriva um clamor intensificado pela intervenção penal que uniformize os discursos oriundos de distintas orientações políticas. Assim ocorre, por exemplo, nos delitos informáticos, nos delitos socioeconômicos e nos delitos contra o ambiente.

Agora, no entanto, estamos vivendo uma recuperação do ponto de vista axiológico como fórmula de recorte de um Direito Penal alijado de considerações desta natureza. Deparamo-nos, em Direito Penal, com a circunstância de que a proteção de bens jurídicos coletivos é cada vez mais exigida em um processo de expansão permanente que tende a romper com os princípios e garantias fundamentais.

Aponta-se, assim, uma tendência expansionista do direito penal (como temos nas denominadas Escolas de Coimbra, Portugal – necessidade da utilização dos instrumentos do Direito Penal para os riscos à Sociedade Contemporânea – e, principalmente, na Funcionalista

Espanhola, que tem Silva-Sanchez como exponecial – defende-se diferentes “velocidades” do direito repressivo com supressão dos direitos fundamentais, para que se tenha maior eficácia do controle da criminalidade por parte do Estado)-, ainda que se tenha de suprimir conquistas fundamentais que demoraram tanto para chegar ao status atual.

Assim, preconiza SILVA-SANCHEZ (2014):

Deparamo-nos, em Direito Penal, com a circunstância de que a proteção de bens jurídicos coletivos é cada vez mais exigida em um processo de expansão permanente que tende a romper com os princípios e garantias fundamentais.

4.2 DO FENÔMENO NO CENÁRIO NACIONAL

Uma vez que já foram introduzidos pontos, acerca de traços peculiares do sistema jurídico nacional, registrando, ainda, que, como Estado integrante de um bloco marcado pela grande desigualdade entre as classes sociais (América Latina), com fortes traços de atos envolvendo a corrupção (isso “desde o descobrimento do Brasil”, como dizem alguns autores, sendo esse problema, em verdade, crônico), devemos nos ater, neste tópico, sobre o atual o estágio do Direito e, do seu ramo (penal), que deveria ser utilizado quando os outros não conseguiram cumprir o seu mister, restando, no pensamento de alguns doutrinadores, apenas ele, como “última oportunidade” para o Estado “manter a situação sob controle”.

Reprisemos que para encarar as alterações, relacionadas ao poder punitivo estatal, que parte da doutrina entende necessárias, sendo essa a opção política adotada para o Estado Democrático de Direito, no seu presente estágio, há de se ter sempre como diretriz que a Constituição Federal é a norma maior em que todas as outras infraconstitucionais devem se basear.

E que, na sequencia do pensamento, compete à Corte Constitucional do nosso Sistema Jurídico, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal, a última palavra quanto a

constitucionalidade de qualquer diploma legislativo, em face do seu confronto com a Lei Fundamental, inclusive no que pertine a direitos e garantias essenciais ao ser humano.

Assim, as normas infraconstitucionais que tragam em seu conteúdo sanções estatais (de natureza penal ou não), uma vez que possam afetar a conquistas históricas da humanidade (direitos fundamentais), referenciadas em normas internacionais, podem deixar de ser aplicadas pela decisão da Corte que as considera inconstitucionais.

Por óbvio, caso não exista decisão neste sentido, presumem-se constitucionais e aptas a produzirem seus efeitos legais.

4.2.1 ANTECEDENTES DA LEI DE IMPROBIDADE EMPRESARIAL

Quanto ao cenário nacional prévio ao surgimento da lei, cumpre apresentar, antes do surgimento da norma infraconstitucional, alguns fatores que podem ter levado a adoção de uma nova política criminal ou administrativa-sancionadora para alcançar um melhor resultado do Estado quanto a persecução de atividades tidas como ilícitas para o Direito (como um todo).

Ressalte-se, à vista da situação notória, em que se encontra o sistema de execução das penas privativas de liberdade no cenário nacional (como um todo) - além desta sanção típica do direito penal clássico não ter se mostrado eficaz - que as condutas ilícitas, que envolvem a prática (de corrupção), geralmente representam grandes perdas patrimoniais ao erário, transmitindo a ideia da impunidade ou ao menos de injustiça, quando não ocorre a resposta estatal.

Houve, desde meados do ano de 2013, um período de intensa movimentação social com manifestações de populares pedindo o fim da corrupção e julgamentos eficientes para os

envolvidos em delitos dessa natureza.

No âmbito do Poder Judiciário, como a imprensa televisiva e escrita deixou por demais evidenciado, ocorreu o julgamento da “Ação Penal 470” pela mais alta Corte de Justiça do País, o Supremo Tribunal Federal, sendo que nos autos estava o chamado “Caso do Mensalão” e políticos e figuras importantes do cenário nacional, inclusive, da cúpula do governo federal, estavam envolvidos na prática de atos de corrupção.

Ainda não podemos deixar de mencionar que uma das reações das manifestações dos movimentos da sociedade civil foi contra a Proposta de Emenda Constitucional - PEC trinta e sete (37), que tinha como objetivo diminuir o poder de investigação criminal do Ministério Público, órgão que a Constituição Federal de 1988 (declarando como uma instituições essenciais à função jurisdicional do Estado - no seu artigo 127) conferiu, para assegurar-lhe total autonomia e independência, a todos os seus membros, a equiparação com as garantias constitucionais dos integrantes do Poder Judiciário, e fez crescer, em muito, a defesa dos interesses da Sociedade e da Cidadania (até mesmo no combate à prática da corrupção).

A proposta de emenda foi rejeitada no Congresso por causa da pressão das manifestações sobre os parlamentares.

Aqui, cabe observar a escolha do poder constituinte de 1988 ao conferir essa particularidade (independência) do Ministério Público brasileiro, que não está inserido no Poder Judiciário, nem muito menos no Poder Executivo, diversamente do que acontece em grande parte dos países da Europa e outros ditos “desenvolvidos”, nos quais integrando este último (executivo) tem sua atuação semelhante a de um órgão de advocacia estatal e, por isso, é constante alvo de severas críticas de vários autores conhecidos.

Impende registrar, também, embora já após a entrada em vigor da Lei 12.846/2013, que tivemos no período final do ano de 2014 (e até nos dias atuais vemos, ainda, alguns desdobramentos), quando as ações dos órgãos de combate à improbidade ficaram mais

estampadas na imprensa, a “OPERAÇÃO LAVA JATO”, da justiça federal do Paraná com as prisões de vários empresários, doleiros, e dirigentes de construtoras importantes envolvidos em crimes de corrupção em licitações com a Petrobras S.A (Sociedade de Economia Mista Federal), inclusive de um ex-diretor da empresa petrolífera, além do tesoureiro e de um Senador da República (líder de governo no Senado Federal), ambos do partido político que elegeu a atual titular do mandato da Presidência da República.

A conduta imputada é a de, com a cobrança de propinas das empresas que prestavam serviços à empresa petrolífera, sendo que estes recursos desviados em detrimento do patrimônio da estatal (a maioria do capital da mesma pertence à União Federal), foram utilizados para gastos de campanha nas últimas eleições (2010 e 2014) dos partidos que integram à base política de sustentação ao governo.

Milhões de reais já foram devolvidos, através das prisões e das delações premiadas e outros tantos bilhões de reais bloqueados em contas correntes de países considerados paraísos fiscais.

No caso da “OPERAÇÃO LAVA JATO”, para a imputação estatal dada aos fatos houve o enquadramento dos ilícitos em figuras típicas que, embora não previstas no Código Penal, apresentam em seus preceitos secundários aplicações das sanções penais típicas (penas privativas de liberdade, restritivas de direito, multa), tais como as leis que definem os crimes de lavagem de dinheiro e do colarinho branco.

Cumprе mencionar que houve, em razão do denominado foro por prerrogativa de função (privilégio de, enquanto durarem os respectivos mandatos ou exercício da função, alguns representantes do poder público, diferentemente do cidadão comum, responderem, através de processos judiciais, por seus supostos atos ilícitos perante tribunais, de acordo com previsão nas Constituições Federal ou dos Estados Federados) e, considerando o envolvimento de agentes políticos, parte do processo (referente a tais agentes políticos) encontra-se tramitando no Supremo Tribunal Federal.

Assim, diante desse cenário, causado até mesmo pelo próprio Estado, incapaz de dotar os órgãos de investigação e combate à criminalidade contemporânea com instrumentos mais eficientes – sendo que o grito geral era o de aumento da sensação de impunidade (e, por conseqüência, da violência) - e num país como o Brasil, onde há um grande fosso entre as classes sociais, tem-se um campo fértil para manifestações com gritos de justiça, fim à corrupção e outros, como vimos a partir do ano de 2013.

4.2.2 DA SOLUÇÃO ENCONTRADA COMO RESPOSTA

O Poder Legislativo Federal, que, para imprensa e alguns comentaristas políticos também teria dado ensejo, à reivindicação das ruas, principalmente ao tentar diminuir a função investigativa de importante órgão – Ministério Público – também foi atingido (com invasões e depredações de suas instalações), fez surgir uma nova vertente para a situação da improbidade empresarial e nos trouxe a Lei 12.846/2013¹¹ (e, também, a de número

11 Este posicionamento público e notório (de larga divulgação na imprensa escrita e televisiva brasileira), também se constitui de matéria do sítio “contas abertas”, com a divulgação oficial da intenção da Presidência da República, órgão que teve a iniciativa, em abril de 2013, do projeto que culminou com a lei 12.846/2013. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/10865>>. Acesso em: 02.12.2015, às 10 horas: “Após manifestações, Dilma anuncia pacote anticorrupção”. 18 de março de 2015. Dyelle Menezes As manifestações do último domingo (15) surtiram efeito rápido. Três dias depois, a presidente da República, Dilma Rousseff anunciou as medidas do pacote anticorrupção que enviará ao Congresso Nacional. A apresentação também é uma promessa de campanha de Dilma. “Somos um governo que não transige com a corrupção. Essas medidas facilitam a luta contra a impunidade”, afirmou a presidente. No evento também estavam o ministro da Justiça, Eduardo Cardozo, o ministro da Casa Civil, Aloizio Mercadante, e o ministro chefe da Controladoria-Geral da União, Valdir Simão. O conjunto de medidas contém um projeto de lei que criminaliza o caixa dois de campanhas eleitorais. [...] Também estão na lista medidas para agilizar a apreensão de bens de pessoas condenadas e para facilitar a determinação de prisões em processos de investigação e após condenações. O governo anunciou ainda o uso de critério da ficha limpa para todos os cargos de confiança. Outra proposta prevê penas maiores para servidores que não comprovam sua evolução patrimonial. “Todas as iniciativas que propusemos são concretas. Elas não esgotam o assunto, nem queremos que aconteça isso. Porém, fortalecem a luta contra a impunidade, maior responsável pela reprodução da corrupção”, afirmou a presidente. “O governo tem de colocar a serviço do povo o dinheiro que for desviado”, afirmou em cerimônia o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, que esteve ontem no Congresso para apresentar as medidas a parlamentares e pedir a aprovação delas. **Regulamentação da Lei Anticorrupção. Além das propostas encaminhadas, a presidente também assinou hoje o decreto que regulamenta a lei 12.846, que prevê punição de empresas envolvidas em casos de corrupção. O texto aguardava regulamentação desde 2013, quando a lei foi sancionada. A presidente ressaltou o decreto que regulamenta a lei que pune as empresas por atos de corrupção.** “Vai transformar a lei em lei da

12.850/2013), como pretendesse dar resposta rapidamente à “pressão popular”.

Antes da análise do tema, cumpre esclarecer que denominamos a lei em questão por “Lei de Improbidade Empresarial”, tomando por base as reflexões de Valter Santin (2014):

Não se trata da única “Lei Anticorrupção”, pois faz parte de um conjunto de diplomas legais contra corrupção e ilicitudes que vitimizam a Administração Pública. Para combater atos de corrupção, há tipificações penais (corrupção passiva e ativa, arts. 317 e 333, do Código Penal), por improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), administrativas, civis e criminais por ilicitudes em licitações (Lei 8.666/1993), dentre mais.

Assim, **a melhor denominação para a nova lei seria “Lei de Improbidade Empresarial”**, por conter condutas administrativas e civis de preservação da probidade de empresa ou pessoa jurídica de qualquer formato jurídico (art. 1º, parágrafo único) em seu relacionamento com a Administração Pública, semelhante ao sistema para servidor público (Lei 8.429/1992). (grifo nosso)

Seria o escopo da Lei de Improbidade Empresarial trazer uma nova diretriz, a qual deve ser adotada pelo direito penal clássico, para, ao mesmo tempo que restem asseguradas as conquistas essenciais aos cidadãos, também, possam ser dadas soluções à crise atual, principalmente diante do avanço da criminalidade “globalizada”, envolvendo a corrupção do poder público (com todas as mudanças tecnológicas), além do aumento dos conflitos transindividuais?

Pertinente a indagação se é possível pensarmos em diminuição ou supressão de direitos fundamentais dos cidadãos e do sistema (garantista), consagrados na Lei Fundamental diante da atual crise política e social vivenciada desde meados do ano de 2013.

Ora, no início de fevereiro de 2014 (*vacatio legis* de seis meses) entrou em vigor a Lei Federal de número 12.846, de 1º de agosto de 2013 - “Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”, a denominada “Lei de improbidade

empresa limpa. Permite que sejam adotadas medidas de integridade e de prevenção”, disse. Para a presidente da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil (ANTC) e diretora de Assuntos da Área Federal da CNSP, Lucieni Pereira, o pacote, entretanto, não contempla as correções necessárias à Lei. **“A legislação foi aprovada às pressas como uma espécie de resposta às manifestações de junho de 2013, mas que até agora não se demonstrou efetiva no combate à corrupção**. Alvo de severas críticas, o texto atual da Lei pode facilitar e até mesmo incrementar a corrupção se não forem feitos os ajustes apontados”, apontou Lucieni” (o grifo é nosso).

empresarial".

Consagrou-se, ainda, da leitura no novo instrumento normativo e da opinião da doutrina, a prevalência da escolha do legislador ordinário pelo direito administrativo sancionador face ao antigo sistema tradicional de aplicação do direito punitivo (clássico) do Estado Democrático de Direito (o penal) com traço característico, como apontado pelas doutrinas de apologia ao direito penal mínimo, do chamado garantismo penal de FERRAJOLI (2014).

Seria a escolha dos representantes do parlamento brasileiro, com a sanção da Presidência da República ao projeto de lei, o reconhecimento de que pelo menos nos casos dos crimes de corrupção empresarial, apesar de vários diplomas esparsos, como as Leis do Colarinho Branco e da que define os delitos de Lavagem de Dinheiro, além das normas gerais de combate aos crimes (Código Penal), o direito penal clássico falhou, sendo necessário recorrer a outros tipos de sanções (administrativas e cíveis) para se conseguir lograr, diante dos ilícitos contemporâneos e dos escândalos políticos revelados com a operação "LAVA JATO", um resultado mais eficiente?

E no caso afirmativo, devemos verificar, diante na solução adotada, sobre provável ocorrência de uma flexibilização dos direitos fundamentais e do sistema garantista adotado pela nossa Constituição e se essa vertente, consitui-se uma tendência nos países, como o nosso, de direito positivo escrito.

Por outro lado, torna-se cada vez mais notório que, no nosso ordenamento jurídico, o estado brasileiro da contemporaneidade, titular do direito de punir, uma vez que buscou se aproximar ao máximo daquele do bem-estar social (e conferir eficácia às propostas de modernidade, que têm inclusive previsão na Constituição Federal de 1988, garantista por decisão do poder constituinte) vem, de forma preocupante, perdendo o espaço reservado ao

caráter preventivo geral da pena (intimidativo), como podemos aferir, com algumas mudanças, no escólio do Professor STRECK (2005, páginas 25-27), quando pontifica que:

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade [...]

Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o establishment apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno [...]

É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza. Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. Já em nosso país, ao contrário disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao “Estado absenteísta”, “minimizado”, “enxuto” e “desregulamentado” (sic) [...]

É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!

Em nosso atual contexto sócio-econômico, no qual manifestações populares eclodiram, clamando, em uníssono pelo fim da corrupção e da impunidade, impende indagar se a escolha pelo sistema de intervenção mínima do Estado - para dar prevalência máxima às garantias e direitos fundamentais, previstos na nossa Constituição rígida - não nos faz concluir que o critério de utilização do direito penal (na resolução de conflitos sociais) como, sempre que possível, de forma mitigada, sublinhando seu apanágio de *ultima ratio* – *nulla lex poenalis sine necessitate*, não falhou no que alguns doutrinadores entendem como objetivo primário do Estado: pacificação social dos conflitos, dando ensejo a que o legislador ordinário pudesse se valer de outras sanções (civis e administrativas) para responder ao anseio popular?

Os defensores do direito penal mínimo diriam, em face dos abusos cometidos no passado pelo Estado na atividade do *jus puniendi*, ser preferível que sempre deva prevalecer

os princípios fundamentais do direito penal liberal, colhidos no período do pós-iluminismo (provenientes das revoluções burguesas), os quais se constituem em pilares da teoria idealizada pelo professor italiano Luigi Ferrajoli, a saber: o garantismo penal, nitidamente acolhido pela nossa Constituição.

Entretanto, a prática tem demonstrado que, nos países como o nosso em que há um enorme abismo entre as classes sociais - os mais ricos, aqueles que podem contratar os melhores advogados e se valer das “garantias” previstas na própria Constituição, no Direito Penal, ou nas leis processuais, sem mencionar a falta de preparo adequado do mecanismo estatal de investigação e de combate aos crimes de corrupção e empresariais - , raríssimos são os casos de julgamentos que levam à punição efetiva de crimes que envolvem vultosas importâncias ou que lesam interesses tão preciosos para a sociedade, gerando, inclusive, descrédito das instituições estatais que elaboram as leis, assim como daquelas que as aplicam.

Assim, principalmente, do que ouvimos nas reivindicações sociais, só se pode aferir que a o clamor público é voltado para os casos dos ilícitos penais de maior vulto e dos desvios de enormes importâncias do erário que, como alegam os manifestantes, causam prejuízos, sem precedentes, à população tão desassistida de saúde, educação e segurança de forma condigna.

Dir-se-á, em premissa falsa, que temos até casos paradigmáticos como o do julgamento da “Ação Penal 470”, no âmbito da Corte de Justiça mais alta do País, mas quem acompanhou o desenrolar das intermináveis sessões com as análises dos inúmeros instrumentos manuseados pelos notórios advogados de defesa, além do enorme dispêndio de tempo e dos custos para a máquina estatal, tudo em nome de garantias individuais dos acusados (assim como o direito penal mínimo), pode assistir ao primeiro caso (em verdade, o único, até agora) de condenação, na história do Supremo Tribunal Federal.

E, atualmente, é fácil constatar que, no caso do resultado concreto do julgamento da Ação Penal 470-STF, determinada classe da sociedade (tida por elite) tem até tratamento privilegiado no cumprimento da pena - tomando como referencial o tratamento dispensado aos outros apenados do mesmo estabelecimento prisional -, registrando-se que a maioria dos envolvidos, no escândalo que marcou o País, foi condenada por Crime contra a Administração Pública - corrupção (ativa e passiva) – e tudo em cifras astronômicas.

Razoável entender-se que, neste cenário de falta de prestígio do Estado, com a pressão da opinião pública e manifestações populares em todos os locais da República Federativa do Brasil, tenha surgido a idéia de encontrar uma alternativa que se mostre efetiva, no que diz respeito ao aspecto da prevenção geral (também presente no direito administrativo) e para aplicar outras sanções (pecuniárias, civis), uma vez que o direito penal clássico, em crise e diante do sistema garantista que o rege, mostrou-se ineficaz e ineficiente para os casos em que envolvem a criminalidade atual.

Então, para a voz popular (das ruas) que clamava “pelo fim da corrupção e da impunidade”, houve, como tentativa de mostrar a reação do Estado (dando-lhe resposta), o desabrochar de um novo direito estatal, repressivo, é verdade, mas diferente, por ser administrativo sancionador. Neste contexto, temos a Lei 12.846/2013.

4.2.3 DA OPÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO

Sobre a alternativa que se mostrou a mais adequada (sanções pecuniárias, civis e administrativas), uma vez que restou ao antigo direito penal a estagnação pelo colapso dos paradigmas, cabe, ainda, algumas contemporizações.

Para CAVALCANTI (2014), a solução encontrada, de se tentar a todo custo, diminuir os direitos e garantias fundamentais não se mostra, mesmo, a mais adequada:

Desta forma, nos parece irrefutável a necessidade de se realizar estudos sobre a existência e os resultados de formas distintas de atuação do Estado (fora do âmbito criminal), que se mostra cada vez mais limitado no que diz respeito ao controle migratório do capital, para atuar de forma satisfatória no controle das consequências humanas e sociais desta nova configuração econômica e política da sociedade moderna. E tal análise, em nosso entendimento, pode vir a contribuir para incrementar a capacidade do Estado em realizar uma atuação mais adequada na defesa dos interesses dos cidadãos, que, em última análise justificam os próprios interesses de Estado, sem que, com isso, se veja determinado a suprimir direitos e garantias conquistados pela humanidade ao longo dos séculos na esfera do Direito e do Processo Penal.

E para o problema por ele mesmo levantado, o próprio autor, indica a solução, a saber, outras medidas que não as típicas repressivas do direito penal clássico:

A grande questão colocada por Winfried HASSEMER diz respeito à capacidade do Direito Penal, em seu atual estágio de desenvolvimento, de intervir de forma satisfatória no fenômeno representado pela moderna criminalidade, citando como maior representante desta tendência a “criminalidade organizada”. Respondendo negativamente a esta pergunta, o autor sustenta que a época em que vivemos poderia ser denominada de período do “direito penal simbólico”.

Em primeiro lugar, este Direito Penal não é capaz de proteger os bens jurídicos a que se propõe, e, por outro lado, está sendo utilizado como meio para conter as exigências políticas e sociais no que diz respeito à segurança pública, perdendo seu carácter subsidiário.

(...) um novo campo do Direito, que denomina de Direito de Intervenção. A atuação deste novo sistema jurídico, de cunho administrativo (e não criminal), seria de prevenção técnica, diferentemente do Direito Penal, que tem função repressiva (em que pese o idealizado carácter de prevenção dos tipos penais).

Diante disso, cabe indagar: é possível pensarmos em diminuição ou supressão de direitos fundamentais dos cidadãos e do sistema (garantista) consagrados na Carta Magna diante da atual crise política e social vivenciada desde meados do ano de 2013?

Consagrou-se a escolha, do legislador ordinário, nesta lei específica de improbidade (12.846/2013), pela aplicação de sanções civis e administrativas (estas últimas bem pesadas para as pessoas jurídicas envolvidas), como espécies de instrumentos auxiliares ao sistema tradicional de aplicação do *jus puniendi* do Estado Democrático de Direito (o direito penal), vez que, como expressa previsão do texto legal, além das medidas civis e administrativas, não há qualquer isenção das pessoas físicas (proprietários, gerentes, sócios responsáveis), no caso de prática, de sanções típicas de outros diplomas (como é citado, não exaustivamente, inclusive a Lei 8.666/93 – crimes em procedimentos de licitações e Lei 8.429/92).

Cabe então alguns questionamentos tais como: a escolha pelas sanções extrapenais, como dito pela doutrina de SILVA SANCHEZ (2013), poderia apontar para o que ele entende como a aproximação dos direitos penal e administrativo-sancionador?

A última via do direito penal, como característico do chamado garantismo penal de FERRAJOLI (2014) - caso as medidas extrapenais sejam suficientes – restaria, com a opção legislativa (sanções civis e administrativas), assegurada?

Ou seria a escolha dos representantes do parlamento brasileiro, com a sanção da Presidência da República ao projeto de lei, o reconhecimento de que pelo menos nos casos dos crimes de corrupção empresarial, apesar de vários diplomas esparsos, como as Leis do Colarinho Branco e da que define os delitos de Lavagem de Dinheiro, além das normas gerais de combate aos crimes (Código Penal), o direito penal clássico falhou, sendo necessário recorrer a outros tipos de penas (administrativas e cíveis) para se conseguir lograr, diante dos novos ilícitos, um resultado mais eficiente?

E em caso afirmativo, devemos verificar, diante da solução adotada, sobre provável ocorrência de uma flexibilização dos direitos fundamentais e do sistema garantista adotado pela nossa Constituição e se essa vertente, consitui-se uma tendência nos países, como o

nosso, de direito positivo escrito.

Tivemos, também, a Lei federal ordinária 12.850, de 02 de agosto de 2013, que "define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal".

Assim, o referido texto normativo, que revogou total e expressamente a antiga lei de combate ao crime organizado - número 9.034, de 3 de maio de 1995 - e, sob pretexto de melhor disciplinamento das situações nela previstas (como, por exemplo, a definição do que seja "organização crimimiosa" eis que ausente no antigo diploma legal), trouxe mais mecanismos para o poder de investigação criminal, "aperfeiçoando-o".

Também, como exemplo de agravamentos de situações já existentes (*refomatio in pejus*), podemos apontar que a Lei 12.850/2013 em seus artigos vinte e quatro e vinte e cinco, alterou o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), quanto aos delitos de formação de quadrilha ou bando e falsa perícia, artigos duzentos e oitenta e oito e trezentos e quarenta e dois, CP¹².

Em resumo, quanto a esta última substituição, podemos dizer que o crime do artigo 288, do CP passou a ter o título de "Associação Criminosa" e, para configurá-lo, como delito plurisubjetivo, ao invés de ser (a partir de) quatro agentes (dedutível da antiga expressão "mais de três pessoas"), passou a ser necessário a participação (mínima) de três pessoas.

12 Art. 24. O art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.” (NR)

Art. 25. O art. 342 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 342.

Pena -reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Sem embargo de ter sido inserido, no novo tipo, o fim específico (de cometer crimes) e da redução à metade da causa especial de aumento (em vez do dobro da redação antiga, embora, agora acrescentando-se uma outra situação para a incidência da causa - a participação de criança ou adolescente -), houve uma reforma para agravar a situação de pessoas que praticam a conduta típica (basta imaginar serem apenas três os partícipes) e, por mandamento constitucional, não deve o "atual delito" retroagir a fatos ocorridos antes da vigência da lei nova.

Quanto ao crime do artigo 342 (falso testemunho ou falsa perícia), a mudança se refere às penas (mínima e máxima), que foram de um a três para dois a quatro anos, respectivamente.

4.2.4 DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO

Como já registrado, em tópico anterior, no primeiro dia do mês de agosto de 2013 foi promulgada a lei, que serviu como fonte de pesquisa e estudo deste trabalho, também conhecida como Lei de Anticorrupção Brasileira. Seu conteúdo versa sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, além de dar outras providências.

Fácil constatar, não só pela leitura da ementa da ora comentada legislação, mas também da exposição de motivos da mesma, que a ênfase dada foi a da responsabilização, com medidas não típicas do direito penal, das pessoas jurídicas envolvidas nos mencionados atos de corrupção.

Sobre a responsabilização criminal das pessoas jurídicas, cumpre registrar que, até pouco tempo atrás, num passado bem próximo, apesar da Constituição Federal ter previsão expressa - nos artigos 173, parágrafo quinto¹³ e 225, parágrafo terceiro¹⁴ -, de que há tal possibilidade, a jurisprudência dominante, de alguns Tribunais, era recalcitrante em dizer que só as pessoas físicas, representantes daquelas, poderiam ser responsabilizadas, caso pudessem ser individualizadas as suas condutas (das pessoas físicas).

Mas, atualmente, diante do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, que funciona como intérprete da Constituição, essa posição foi definitivamente afastada e as pessoas jurídicas passaram a responder pelos delitos por ela praticados contra o meio ambiente.

Quanto a estes últimos crimes, ainda, deve ser mencionado que, tendo em vista a fragilidade do ecossistema, absolutamente imprescindível ante a própria existência da vida, perante as ações humanas, a tutela jurídica penal, desde o advento da Lei nº 9.605 de 1998, que tipificava os delitos ambientais, já mencionava a possibilidade de as pessoas jurídicas responderem por eles, conforme se pode verificar da singela leitura do seu artigo terceiro¹⁵.

No entanto, como a referida lei ambiental inovou ao trazer, em seu texto, o preceito constitucional, sobre a citada imputabilidade penal, boa parte da doutrina brasileira a tinha como ineficaz, visto que considerava a pessoa jurídica um ente afastado do alcance do Direito

13 A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular

14 As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

15 Lei 9605/98. Art. 3º: As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

penal, podendo, sim, ser responsabilizada por atos ilegais, mas somente nos âmbitos cíveis e administrativos. Isto, porque faltar-lhe-ia a característica da manifestação de vontade, pois é um ente (fictício) criado pelo homem, devendo a este (ao homem) ser atribuído os seus atos (das pessoas jurídicas), por consequência lógica.

Em outro ponto, argumentavam alguns doutrinadores, que a própria natureza das penas que podem ser aplicáveis à pessoa jurídica – restritiva de direitos e multa – não se constituindo o principal meio de coerção do Direito penal (que tem exclusividade para aplicação penas privativas de liberdade) também demonstrava a inimputabilidade penal das pessoas jurídicas.

No cenário atual, principalmente diante da firmeza da jurisprudência, quanto a ser obrigatório o “amoldamento da aplicação da lei” à lei fundamental, ficou pacificado que a pessoa jurídica pode figurar no pólo passivo da relação processual penal. Pode-se até dizer que a imputabilidade penal da pessoa jurídica, em matéria ambiental, já existe desde a entrada em vigor da Lei 9.605/98.

Quanto à Lei 12.846/2013, verificamos que, diferente da lei ambiental, mesmo não havendo óbice à responsabilização penal das pessoas jurídicas, envolvidas na prática de corrupção, optou o legislador pelas sanções administrativas e cíveis. Ainda que os casos dos ilícitos penais, envolvendo a prática de corrupção, sejam de maior vulto, com desvios de enormes importâncias do erário que, como alegaram as manifestações das ruas, causam prejuízos, sem precedentes, à população tão desassistida de saúde, educação e segurança de forma condigna.

Dir-se-á que, quanto aos casos envolvendo tal prática e a aplicação de sanções penais, ao fim de um processo judicial, tivemos situações emblemáticas como a do julgamento da “Ação Penal 470”, no Supremo Tribunal Federal, mas quem pôde assistir ao

único caso de condenação da história da Corte de Jusitça, verifica, atualmente, que muitos dos sentenciados já estão em liberdade, beneficiados por garantias da Lei de Execução Penal.

Registrando-se que a maioria dos envolvidos, no maior escândalo que tinha marcado o País até então, foi condenada por Crime contra a Administração Pública - corrupção (ativa e passiva) – e tudo em cifras astronômicas.

Razoável entender-se que, neste cenário de falta de prestígio do Estado, com a pressão da opinião pública e manifestações populares em todos os locais da República Federativa do Brasil, tenha surgido a idéia de encontrar uma alternativa que se mostre efetiva para aplicar sanções (pecuniárias, administrativas), uma vez que o sistema penitenciário nacional está falido, como assistimos nas reportagens diárias da imprensa nacional. Sem mencionar que o direito penal clássico, em crise e diante do sistema garantista brasileiro que o rege, mostra-se ineficaz e ineficiente, para os casos em que envolvem os ilícitos da atualidade.

Assim, a voz popular das ruas “pelo fim da corrupção e da impunidade”, viu, como tentativa de mostrar a reação do Estado, o desabrochar de um novo Direito repressivo estatal, é verdade, mas diferente, por ser administrativo sancionador. Neste contexto, temos a Lei 12.846/2013, da qual apresentamos alguns pontos que se destacam.

Logo, de início, podemos deduzir que, por não se tratar de lei penal, a sistemática, adotada pela norma jurídica (Lei 12.846/2013), foi a da responsabilidade objetiva (típica dos direitos administrativo e civil) para aqueles que cometerem uma, ou mais, infrações, dentre as espécies nela descritas.

Isto, em tese, significa que, embora haja a previsão constitucional da necessidade de ser observado o devido processo legal - também no âmbito administrativo ou civil -, sem

menção do contraditório e a ampla defesa¹⁶, a lei estabelece que o agente (a pessoa jurídica) responde pelo resultado, mesmo que ausente a figura do dolo ou da culpa.

Desta premissa (responsabilidade objetiva), pode-se chegar a conclusão de que, havendo nexo de causalidade (entre a improbidade praticada pela pessoa jurídica e o dano ao erário), a responsabilidade (como traço peculiar dos direitos administrativo e cível) desloca-se da culpa para o risco da atividade. Em outras palavras, toda pessoa jurídica que exerce alguma atividade (referente à prática da corrupção, na forma prevista na lei), criando o risco de dano ao erário, pode ser obrigada a repará-lo.

Impende registrar que, quanto às pessoas naturais (ou físicas), quer sejam, ou não, dirigentes ou administradores (da jurídica), também envolvidas em ilícitos, a nova lei de improbidade não afasta a possibilidade de (em outras normas, como a lei de improbidade comum, de licitações e outras) haver a responsabilidade, sendo que esta, obrigatoriamente, será subjetiva.

Tal disposição, consta do artigo terceiro e parágrafos da lei de improbidade, o qual transcrevemos:

[...] Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade [...]

Forçoso, ainda, concluir, interpretando o disposto no artigo supramencionado, que os particulares, sem vínculo com a pessoa jurídica, devem ter a aferição de suas

16 Constituição Federal, artigo quinto:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

responsabilidades de forma subjetiva.

Quanto às condutas, tidas como caracterizadoras da prática de improbidade (atos contra o patrimônio público, os princípios da administração pública, ou que causem lesão à Administração pública), o artigo quinto da lei traz o seu rol:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem,

ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Já o artigo sexto da Lei 12846/2013, elenca as sanções (destacando-se a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória, ambas, de notório caráter cível e administrativo), aplicáveis às pessoas jurídicas, que forem consideradas responsáveis, pelas condutas previstas no artigo quinto:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

Acrescente-se que, além destas sanções previstas no dispositivo acima transcrito, o artigo 19 da Lei 12.846/2013 prevê que as práticas de atos de improbidade, ainda possibilitam às Advocacias Públicas (ou órgãos de representação em juízo, tais como o Governador, para o Estado; o Prefeito, as Procuradorias Jurídicas, no âmbito municipal), ou ao Ministério Público (Federal ou Estadual), o ajuizamento de ação judicial (de natureza cível e administrativa) com vistas a aplicação das seguintes sanções:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Ainda, com um traço marcante do direito administrativo (o da prevenção) e refletindo nítida tendência atual dos órgãos públicos, a Lei 12.846/2013 admite a celebração de acordo de leniência da pessoa jurídica com a Administração Pública. No seu artigo 16, estabelece os critérios para a celebração do ajuste.

Consoante o disposto nas normas regulamentadoras da lei de improbidade¹⁷,

17 Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 – Presidência da República:

Art. 50. Os órgãos e as entidades da administração pública, no exercício de suas competências regulatórias, disporão sobre os efeitos da Lei nº 12.846, de 2013, no âmbito das atividades reguladas,

podemos deduzir que o objetivo seria o de incentivar a pessoa jurídica, envolvida em algum ato (de improbidade) descrito na norma, admitindo sua prática, denuncie outras pessoas, que também tenham participado do ilícito, possibilitando a reparação ao erário. Como contrapartida, tal ajuste possibilita, ao celebrante (pessoa jurídica), a atenuação das penas impostas em razão do procedimento administrativo, desde que, efetivamente, ocorra a colaboração com as investigações.

Cumpra-se mencionar que, a previsão do acordo de leniência, no âmbito administrativo, não se constitui em novidade, trazida pela lei de improbidade ao nosso ordenamento jurídico,

inclusive no caso de proposta e celebração de acordo de leniência.

[...]

Art. 52. Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações e procedimentos complementares para a execução deste Decreto.

Instrução Normativa nº 2, de 7 de abril de 2015 – Controladoria-Geral da União – CGU

Ementa: Regula o registro de informações no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP

[...]

Capítulo III - Do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP

Art. 7º Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de cada uma das esferas de governo registrarão e manterão atualizadas, no CNEP, informações relativas aos acordos de leniência e às sanções por eles aplicadas com base na Lei nº 12.846, de 2013.

§ 1º As informações sobre os acordos de leniência celebrados com fundamento na Lei nº 12.846, de 2013, serão registradas no CNEP após a celebração do acordo, exceto se causar prejuízo às investigações ou ao processo administrativo.

§ 2º O descumprimento do acordo de leniência será registrado no CNEP, permanecendo tal informação no referido Cadastro pelo prazo de três anos, nos termos do art. 16, § 8º, da Lei nº 12.846, de 2013.

[...]

Portaria nº 910, de 7 de abril de 2015, Controladoria-Geral da União – CGU

Ementa: Define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e paracelebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013

[...]

Capítulo VI - Do Acordo de Leniência

Art. 27. O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.666, de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração

[...]

uma vez que, já existe idêntica previsão na Lei 12.529/2011, a qual criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Diante do que está previsto na Lei 12.846/2013, forçoso concluir pela impossibilidade de celebração do acordo de leniência entre a Administração Pública e a pessoa física envolvida na prática de improbidade, junto com a jurídica. Neste sentido, MAGALHÃES (2013) preceitua: “Apesar de parecer um acordo tentador à primeira vista, é preciso observar que não há qualquer benefício previsto para as pessoas físicas que cometem o ilícito tipificado”.

Com relação ao objetivo principal da Lei 12.846/2013 (combate à improbidade empresarial), mesmo sendo questionável a forma como foi elaborado e discutido o seu conteúdo no Congresso Nacional, a demora para sua regulamentação (que só ocorreu em março de 2015, diante de mais manifestações populares) e alguns outros fatores que colocam em cheque a eficácia desta, o advento da sua vigência pode se constituir em importante passo para a efetivação dos acordos firmados em âmbito internacional, principalmente no que diz respeito à devolução (ou repatriação) de enormes importâncias de dinheiro, desviadas dos cofres públicos e que se encontram em contas de paraísos fiscais.

Quanto à aplicação das sanções administrativas e cíveis, previstas pela citada lei para as pessoas jurídicas, cumulativamente às medidas (previstas em outras normas jurídicas) para as pessoas naturais, dependerá do bom desempenho dos órgãos responsáveis pela adoção das medidas necessárias, uma vez que o instrumento legal já lhes foi outorgado.

Referente à escolha legislativa, pelo direito administrativo sancionador, com a Lei 12.846/2013, é imprescindível destacar que a grande quantidade de sanções (administrativas e cíveis), bem como a independência das instâncias punitivas, poderá dar ensejo a efeitos colaterais (punitivos) ainda mais gravosos que aqueles previstos na Lei de improbidade.

E, de outro lado, como consequência do "fenômeno de expansão do direito penal", também, pode ser verificado o recrudescimento do poder investigativo para os ilícitos que envolvam o crime organizado (Lei 12.850/2013), sendo que os dois instrumentos normativos, criados quase concomitantemente (a diferença das datas de promulgação é de apenas um dia), podem até ser aplicáveis em conjunto (a depender das pessoas envolvidas e da natureza dos ilícitos supostamente praticados pelos agentes) para 'uma melhor persecução estatal ao ilícito'.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Creio que devemos partir, logo, da conclusão, facilmente avistável, de que o direito (como um todo) não tem conseguido acompanhar, com a mesma velocidade, as mudanças e inovações de outras ciências sociais.

Na sequencia, também verificou-se à saciedade, que o seu ramo mais repressivo (o penal) não tendo condições de acompanhar o aumento da criminalidade moderna com todos os avanços tecnológicos (sendo a corrupção, no setor público, um de seus expoentes), deve se valer de instrumentos outros que não os típicos para alcançar o resultado que, neste momento de grande produção de leis (penais), tem se mostrado como o esperado (desejado) pela sociedade, havendo, também, acolhimento dessa manifestação popular pelo legislativo.

E tal diretriz não deve ser entendida de forma contrária, para que não haja abuso por parte dos intérpretes das normas, tais como os já verificados há certo tempo, onde, sob o argumento de haver o excesso da atividade legislativa, sempre se dava preferência à impunidade e ao reconhecimento de impotência do Estado diante de condutas tão graves que causam enormes prejuízos aos cofres públicos.

É sempre de bom alvitre salientar que, na célebre divisão de poderes do Estado (teoria de MONTESQUIEU), herança maior do iluminismo (embora para justificar a ascensão da burguesia e a limitação dos poderes das outras classes sociais), ao Legislativo (representantes do povo para a elaboração das normas de alcance geral – leis) foi conferido maior proeminência (do que a dos outros poderes), sendo imprescindível à manutenção do estado de Direito, a valorização da atividade típica do órgão.

Sem mencionar que como previsto na Constituição “todo poder emana do povo”, de sorte que agem (ou deveriam agir), os parlamentares com delegação popular (de parcela desse poder) para elaborar as leis, devendo, em razão disso e da clássica tripartição dos poderes, a

norma de caráter geral e abstrata ser acatada (essa é a vertente, funcionando como diretriz), até que haja a sua retirada do mundo jurídico de forma devida, notadamente no caso de haver confronto com a Constituição, seus princípios e regras, sendo todo o procedimento, até este resultado, também aferido dispositivos da Lei Maior.

Também, cumpre ter sempre como princípio (mandamento obrigatório, como aferido da interpretação da própria Constituição) que, para a atuação do Estado quanto às condutas individuais, não há como haver o desprezo de conquistas fundamentais dos cidadãos, principalmente quando essas encontram-se em um patamar normativo superior (insertas em um texto constitucional ou reconhecido, também pela Lei fundamental de um país, com esse nível).

De sorte que, para o Direito Penal, em linhas gerais, poderíamos dizer que no caso da criminalidade “organizada, sofisticada”, como chegou a idêntica conclusão PEREIRA (2009), a premissa seria, através de sérios estudos direcionados, chegar ao que se constitui o tema, definindo o seu alcance e outros aspectos próprios, evitando-se com isso que a insipiência criminológica, quanto a figura típica, possa servir como justificante para a gravidade das consequências do delito e da necessária retributividade.

Após, valendo-nos, também, das idéias de HASSEMER (2008), uma vez que foi identificado o problema, podermos encontrar a solução mais adequada, a fim de que se possa ter a distinção do que a Ciência tem para o crime individual, característico do Direito Penal Clássico (onde o preceito primário da norma é dirigido à generalidade das pessoas sem distinção) – reconhecendo-se, nesse caso, as garantias conquistadas há séculos -.

Mas também o que ele (o Direito Penal) aponta como solução para a denominada criminalidade “sofisticada, globalizada”, para que se tenha a atuação do Estado com eficiência.

Reconheçamos de forma humilde: a Criminologia, a Ciência do Direito Penal (como

um todo) ainda se depara com alguns óbices - conceito e delimitação da criminalidade intitulada “globalizada, sofisticada” - havendo, ainda, infelizmente, uma precariedade de requisitos para a segura identificação dos casos que a envolvem.

E que, de forma obrigatória, temos de concluir que deve haver, com maior intensidade, um incremento das atividades de pesquisa e de conhecimento para tal missão, uma vez que as situações apontadas, como envolvendo esta criminalidade do cotidiano atual, mostram-se por demais ameaçadoras, reclamando soluções do Estado de Direito no mais curto espaço de tempo possível.

Disso, forçoso concluir, ainda, que é recomendável muita cautela na adoção dos meios mais enérgicos na repressão e investigação da citada criminalidade, pois não se sabendo, com toda precisão, qual é o resultado almejado, não se deve utilizar de instrumentos de alta potencialidade (causando abusos), nem, ao contrário, de meios insuficientes para alcançar o objetivo (que pode fazer com o que direito penal tenha apenas caráter figurativo ou simbólico).

Atende-se, desta maneira, ao Sistema Normativo Internacional (regra obrigatória para países como o Brasil), a princípios constitucionais – como o da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana -, imprescindíveis a um Estado Democrático de Direito, como é o nosso.

E, principalmente, até porque o direito como um todo (e o penal nele contido), encontra-se no seio de ciência mais ampla (alcance do campo social), utiliza-se da lógica do dever-ser (e não segue a lógica das ciências naturais), torna-se salutar a contínua análise, com métodos empíricos, para, assim, chegar a conclusão, sobre os instrumentos necessários se e quando, ou mesmo não, atingem o resultado esperado.

Do apresentado, a outra conclusão não podemos chegar senão a de que, apesar do contexto social e político, em que a Lei federal ordinária de número 12.846/2013 foi gestada e

veio à luz, a vertente adotada por ela – dentro de seu campo de abrangência, ou seja, para as pessoas jurídicas -, afastando-se das sanções típicas do clássico direito penal, premido pelos direitos fundamentais do sistema garantista (notadamente princípios, específicos deste ramo do direito, como o da subsidiariedade, “ultima ratio” e da intervenção mínima estatal), aproximando-se do que se tem denominado de administrativo sancionador (ou “administrativização” do direito penal), ao infligir sanções civis e administrativas, mostra-se como a solução mais adequada (proporcional, razoável) aos tipos dos ilícitos (improbidade empresarial) que ela se propõe a combater.

E mesmo, porque junto a ela, houve o surgimento da Lei 12.850/2013, com mudanças significativas para o combate ao crime organizado, além de conter outras medidas de colaboração para a investigação. De sorte que os dois diplomas legais com os seus traços peculiares, também, somam-se para servir como instrumento auxiliar do direito penal.

Finalmente, quanto ao critério adotado pelo parlamento nacional sobre a Lei 12.846/2013, solução idêntica (sanções não típicas do direito penal) poderia haver, para os denominados ilícitos “sofisticados/globalizados”, transnacionais e outros, desde que se tenha o incremento das atividades de pesquisa e de conhecimento (a fim de que haja maior certeza e precisão) quanto aos mesmos, atendendo-se a princípios constitucionais como o da segurança jurídica e eliminando-se o arbítrio do intérprete no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALBAN, Thiago Anton e CARNEIRO, Wálber Araujo. Crise epistemológica do direito penal na pós-modernidade. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/download/301/249>. Acesso em: 14.02.2014, às 11 horas.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho penal en la intervención de la política populista. In: La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000, p. 480
- ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. A duração razoável do processo e os instrumentos que o julgador deve utilizar-se para tornar o processo mais célere. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (organizadora). Constituição e Processo. Aracaju: Evocati, 2014, p. 327.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Direito ao Desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, fasc. 5, jan.-mar.1994.
- BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. O devido processo legal e sua função de concretizar a dignidade da pessoa humana pela via do direito penal mínimo no Brasil. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (organizadora). Constituição e Processo. Aracaju: Evocati, 2014, p. 535.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coordenadores). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. P. 203 a 249.
- BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 101.
- _____. Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora34, 2011 - 2ª edição, Tradução de Sebastião Nascimento. ISBN 9788573264500

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004

_____. Prefácio à obra Direito e Razão. Teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli. p. 8, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09/05/2014.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12/12/2014.

BRASIL. Decreto da Presidência da República de número 8420, de 19 de março de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm> Acesso em: 11.09.2015.

BRASIL. Instrução Normativa nº 2, de 7 de abril de 2015, Controladoria-Geral da União – CGU. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/instrucoes-normativas+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 03/01/2015.

BRASIL. Portaria nº 910, de 7 de abril de 2015, Controladoria-Geral da União – CGU. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_910_2015.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 03/01/2015.

BRASIL. Lei federal ordinária 9.605/98. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03/01/2015.

BRASIL. Lei federal ordinária 12.846/2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09/01/2014.

BRASIL. Lei federal ordinária 12.850/2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12/12/2014.

BRASIL. Pacto de São José da Costa Rica (1992). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 29/09/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 73.662-MG, 1ª Turma, , Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ do dia 20/09/1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 77.003-PE, 1ª Turma, , Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 174 do dia 11/09/1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12/12/2014.

BUERGO, Blanca Mendoza. El Derecho Penal en la sociedad del riesgo. Madri: Civitas, 2001, pp. 174-175.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. edição rev. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

_____. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra, Livraria Almedina, 1998.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Patrícia Cunha Paz Barreto de. O contraditório e o direito constitucional à prova. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (organizadora). Constituição e Processo. Aracaju: Evocati, 2014, p. 575.

CAVALCANTI, Cristóvão. Direito penal em crise. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?link=revista_artigos_7leitura&artigo_id=9644&revista_caderno=3 >. Acesso em: 14/02/2014, às 10 horas.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Lauren Loranda Silva. Os crimes de acumulação no direito penal ambiental. Disponível em: < http://http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/lauren_costa.pdf >. Acesso em: 02/11/2015, às 9 horas.

DELAMAR, José Volpato Dutra. Habermas. In: PECORARO, Rossano (Organizador). Os Filósofos: Clássicos da filosofia. Volume III: de Ortega y Gasset a Vattimo. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

FARIA COSTA, José Francisco de. Direito penal econômico. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

_____. O perigo em Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora (reimp.), 2000.

_____. (coord.) Temas de Direito Penal Econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coordenadores). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. Páginas 831 a 855.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. _____ e SOUSA, Susana Aires de. «“Manda quem pode, obedece quem deve?” Sobre o sentido e limites da teoria do domínio do facto no contexto empresarial». In Quase Noventa Anos. Homenagem a Ranulfo de Melo Freire. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-20767-7.

GIDDENS, Anthony. As Consequências da Modernidade. São Paulo: Unesp, 1991.

GUZELLA, Tathiana Laiz. A expansão do Direito penal e a sociedade de risco. Artigo publicado no XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF (novembro de 2008). Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/13_357.pdf>. Acesso em: 12.10.2015.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade v. 1 e 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal – fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. Direito Penal Libertário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. In: ALBRECHT, Hans-Jörg et al. Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

HEFENDHL, Robert. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A, 2007. ISBN13:9788497683586

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre:

Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

ISHIDA, Válder Kenji. O Crime de organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013). *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-crime-de-organizacao-criminosa-art-2%C2%BA-da-lei-n%C2%BA-128502013/12020>. Publicado em 10/09/2013. Acesso em: 12/12/2014.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* São Paulo: EDIJUR, 2012.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Campinas: Russell, 2003. v. 1.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional: considerações a partir do compromisso preambular da Carta Magna do Brasil de 1988. Artigo de 02/09/2014. Disponível em: http://www.catedrachiaralubich.org/uploads/artigos/artigos_2014-09-02_artigocatedracarlosaugustoafraternidadecomocategoriaconstitucional_pdf_03b03683446f910878038adeedd6d007.pdf. Acesso em: 30.09.2015.

_____. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. *Evocati Revista* n. 35. Aracaju: Nov. 2008. Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=290 >. Acesso em: 30.09.2015.

_____. *A Garantia Constitucional da Fraternidade: Constitucionalismo Fraternal*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=17079. Acesso em: 30.09.2015.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos Relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). <Disponível em: <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xin2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorrupcao-empresarial-brasileira-lei12-846-2013?Itemid=592> Acesso em: 01.05.2015.

MARITAIN, Jacques. *Humanismo integral – uma visão nova da ordem cristã*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

_____. *O Homem e o Estado*. Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1952.

MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio a obra de Hassemer, *Direito Penal Libertário*. P. XIV.

MENEZES, Dyelle. Matéria: “Após manifestações, Dilma anuncia pacote anticorrupção”, 18 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/10865>>. Acesso em: 02.12.2015, às 10 hora

MILANI, Daniela Jorge. Humanismo integral: a importância dos valores na construção de uma sociedade solidária fundamentada na proteção aos direitos humanos. RIDB, Ano 3 (2014), nº 3. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjT6-LzxsXJAhXDI5AKHdcOCBYQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Fcidp.pt%2Fpublicacoes%2Fprevistas%2Fridb%2F2014%2F03%2F2014_03_02027_02056.pdf&usq=AFQjCNGZFjp_FKrvwxV6HjQ0_xSrBnFSZjQ&bvm=bv.108538919,d.Y2I>. Acesso em: 05.11.2015, às 10 horas.

NICOLITT, André L. A Razoável Duração do Processo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

NOLASCO, Flávia de Macêdo. As transformações do Direito Penal como um produto da atual sociedade do risco. Jus navigandi(.com.br). Publicado em 05/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14884/as-transformacoes-do-direito-penal-como-um-produto-da-atual-sociedade-do-risco>>. Acesso em: 14/02/2015, às 10 horas.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o Direito Penal Brasileiro – Direito de intervenção, sanção penal e administrativa. Capítulo 6 – Direito Administrativo Sancionador como Direito de Intervenção. Monografia vencedora do 17º concurso de monografias de ciências criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCRIM. São Paulo, 2013.

PEREIRA, Dirce do Nascimento. Administrativização do Direito Penal – Reflexos da Expansão do Direito Penal nos Delitos de “Lavagem” de Capitais. In: CÂMARA, Luiz Antonio (Coordenação). Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009. Disponível em: <<https://www.google.com.br/urlsa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CDQQFjAD&url=http%3A%2F2F<www.milanesesebastiao.com.br>%2FPublic2Fpdf%2FArtigo%2FDirce2Fartigo1.pdf&ei=0I2YVMmhA6XCsATRqIGYCW&usq=AFQjCNHhtOG8cDjxdOQSammdrVNQaahLg;www.milanesesebastiao.com.br/Public/pdf/Artigos/Dirce/artigo1.Pdf>>. Acesso em: 22.12.2014, às 18 horas

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. O Direito à razoável duração do processo enquanto direito fundamental processual. Aracaju: Evocati Revista n. 37, jan. 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati!artigos.wsp?tmp_codartigo=299>. Acesso em: 29/09/2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. Direito ao Desenvolvimento – Desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). Direito ao Desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Direito ao Desenvolvimento. Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_direito_ao_desenvolvimento.pdf/>. Acesso em: 12.10.2015, às

08 horas.

POPPER, Karl Raimund. Sociedade aberta e seus inimigos. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte, Editora Itatiaia; São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1974. 2v.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, arts. 1º a 120. V.1. 7 ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 4. edição. São Paulo : Saraiva, 2014.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal. Madrid: Civitas, reimp, 2000.

SCALCON, Raquel Lima. Ofensividade em Direito penal: *regra* constitutiva, sobre produção jurídica, com assento implícito na Constituição (ou repensando o “Princípio” da ofensividade). Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?=cache:JsUCUNIpqS0J:ebooks.pucrs.br//edipucrs/anais/cienciascriminais/III/24.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> >. Acesso em 20.12.2015, às 22 horas.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 287 a 340.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. Org: José de Faria Costa. Temas de Direito Penal Econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal (para Karl Binding e Fran Von Liszt). Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:HXooKULYXnYJ:www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf%3Fsequence%3D1+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 12.10.2015.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Leonardo Lessa Prado Nascimento. A constitucionalização do direito como paradigma para a Ciência Jurídica: O necessário cuidado para com algumas armadilhas do Neoconstitucionalismo Brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e COUTINHO, Júlia Maia de Meneses (Coordenadores). Temas do pensamento constitucional Brasileiro, v. 4. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 125.

_____, CUNHA, Jânio Pereira e COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. A separação dos poderes sob as perspectivas das elaborações teóricas de Locke e Montesquieu: origens, essências e diferenças – elemento de equilíbrio e/ou pseudoliberalidade? In: MORAES, Filomeno (coordenador); FORTES, Gabriel Barroso, LOPES, Karin Becker e COUTINHO, Júlia Maia de Meneses (organizadores).

Teoria do poder, volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 199.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013, (Parte I: cap. 1, 4, 5; Parte II: cap. 5 e 7).

SILVA DIAS, Augusto. "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal - RPCC*, ano 13, 2003, p. 311 et seq.

_____. A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e sua repercussão na teoria do bem jurídico e na das causas de justificação. *Jornadas de homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. edição rev. e atualizada. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, 2013 (Coleção Direito e ciências afins; v. 6/ Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). ISBN 978-85-203-4886-4.

_____. *Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo*. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *Dogmática penal, política criminal y criminología*. La Laguna: Universidad de Tenerife, Centro de Estudios Criminológicos, 1997. ISBN 84-8151-412-8

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006.

SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Patrícia Verônica Carvalho Sobral de. *Processo administrativo disciplinar, sob a égide da lei 8.112/90, e a inafastabilidade da jurisdição*. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (organizadora). *Constituição e Processo*. Aracaju: Evocati, 2014.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. 4.ed. Traduzido por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 76-80. Tradução de: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*

_____. *Disvalor da acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*. 2.ed. Traduzido por Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 53-4. Tradução de: *Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, Capítulo 10.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. 2. reimpressão, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org). *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente. O Direito como parte da ordem divina: Justiniano, Santo Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua*. Barueri: Editora Manole, 2007.

ANEXO A - LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013

Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

CAPÍTULO II
DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

CAPÍTULO III DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

§ 6º (VETADO).

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

CAPÍTULO IV

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

§ 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Art. 9º Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo [Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000](#).

Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

§ 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

§ 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

§ 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.

Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.

Art. 12. O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do art. 10, para julgamento.

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

CAPÍTULO V DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus [arts. 86 a 88](#).

CAPÍTULO VI DA RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL

Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou

equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na [Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#).

Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.

§ 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

§ 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:

I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

II - tipo de sanção; e

III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

§ 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

§ 4º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.

§ 5º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos [arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).

Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Art. 26. A pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social.

§ 1º As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.

§ 2º A pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.

Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

Art. 28. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da [Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992](#); e

II - atos ilícitos alcançados pela [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela [Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#).

Art. 31. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 1º de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Luís Inácio Lucena Adams

Jorge Hage Sobrinho

Este texto não substitui o publicado no DOU de 2.8.2013*

ANEXO B - [DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015](#)

Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013,

DECRETA:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, de que trata a [Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013](#).

CAPÍTULO I**DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA**

Art. 2º A apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções previstas no [art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013](#), será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.

Art. 3º A competência para a instauração e para o julgamento do PAR é da autoridade máxima da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo, ou, em caso de órgão da administração direta, do seu Ministro de Estado.

Parágrafo único. A competência de que trata o **caput** será exercida de ofício ou mediante provocação e poderá ser delegada, sendo vedada a subdelegação.

Art. 4º A autoridade competente para instauração do PAR, ao tomar ciência da possível ocorrência de ato lesivo à administração pública federal, em sede de juízo de admissibilidade e mediante despacho fundamentado, decidirá:

- I - pela abertura de investigação preliminar;
- II - pela instauração de PAR; ou
- III - pelo arquivamento da matéria.

§ 1º A investigação de que trata o inciso I do **caput** terá caráter sigiloso e não punitivo e será destinada à apuração de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal.

§ 2º A investigação preliminar será conduzida por comissão composta por dois ou mais servidores efetivos.

§ 3º Em entidades da administração pública federal cujos quadros funcionais não sejam formados por servidores estatutários, a comissão a que se refere o § 2º será composta por dois ou mais empregados públicos.

§ 4º O prazo para conclusão da investigação preliminar não excederá sessenta dias e poderá ser prorrogado por igual período, mediante solicitação justificada do presidente da comissão à autoridade instauradora.

§ 5º Ao final da investigação preliminar, serão enviadas à autoridade competente as peças de informação obtidas, acompanhadas de relatório conclusivo acerca da existência de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal, para decisão sobre a instauração do

PAR.

Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.

§ 1º Em entidades da administração pública federal cujos quadros funcionais não sejam formados por servidores estatutários, a comissão a que se refere o **caput** será composta por dois ou mais empregados públicos, preferencialmente com no mínimo três anos de tempo de serviço na entidade.

§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, a pessoa jurídica poderá apresentar alegações finais no prazo de dez dias, contado da data do deferimento ou da intimação de juntada das provas pela comissão.

§ 3º Serão recusadas, mediante decisão fundamentada, provas propostas pela pessoa jurídica que sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

§ 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.

Art. 6º A comissão a que se refere o art. 5º exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo, sempre que necessário à elucidação do fato e à preservação da imagem dos envolvidos, ou quando exigido pelo interesse da administração pública, garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 7º As intimações serão feitas por meio eletrônico, via postal ou por qualquer outro meio que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada, cujo prazo para apresentação de defesa será contado a partir da data da cientificação oficial, observado o disposto no [Capítulo XVI da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999](#).

§ 1º Caso não tenha êxito a intimação de que trata o **caput**, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da federação em que a pessoa jurídica tenha sede, e no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital.

§ 2º Em se tratando de pessoa jurídica que não possua sede, filial ou representação no País e sendo desconhecida sua representação no exterior, frustrada a intimação nos termos do **caput**, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital.

Art. 8º A pessoa jurídica poderá acompanhar o PAR por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos.

Parágrafo único. É vedada a retirada dos autos da repartição pública, sendo autorizada a obtenção de cópias mediante requerimento.

Art. 9º O prazo para a conclusão do PAR não excederá cento e oitenta dias, admitida prorrogação por meio de solicitação do presidente da comissão à autoridade instauradora, que decidirá de forma fundamentada.

§ 1º O prazo previsto no **caput** será contado da data de publicação do ato de instauração do PAR.

§ 2º A comissão, para o devido e regular exercício de suas funções, poderá:

I - propor à autoridade instauradora a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação;

II - solicitar a atuação de especialistas com notório conhecimento, de órgãos e entidades públicos ou de outras organizações, para auxiliar na análise da matéria sob exame; e

III - solicitar ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados que requeira as medidas necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior.

§ 3º Concluídos os trabalhos de apuração e análise, a comissão elaborará relatório a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas, a dosimetria da multa ou o arquivamento do processo.

§ 4º O relatório final do PAR será encaminhado à autoridade competente para julgamento, o qual será precedido de manifestação jurídica, elaborada pelo órgão de assistência jurídica competente.

§ 5º Caso seja verificada a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, o relatório da comissão será encaminhado, pela autoridade julgadora:

I - ao Ministério Público;

II - à Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, no caso de órgãos da administração pública direta, autarquias e fundações públicas federais; ou

III - ao órgão de representação judicial ou equivalente no caso de órgãos ou entidades da administração pública não abrangidos pelo inciso II.

§ 6º Na hipótese de decisão contrária ao relatório da comissão, esta deverá ser fundamentada com base nas provas produzidas no PAR.

Art. 10. A decisão administrativa proferida pela autoridade julgadora ao final do PAR será publicada no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela instauração do PAR.

Art. 11. Da decisão administrativa sancionadora cabe pedido de reconsideração com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.

§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de trinta dias, contado do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.

§ 2º A autoridade julgadora terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.

§ 3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.

Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na [Lei nº 12.846, de 2013](#), serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

§ 1º Concluída a apuração de que trata o **caput** e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.

§ 2º Para fins do disposto no **caput**, o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela

gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#).

Art. 13. A Controladoria-Geral da União possui, no âmbito do Poder Executivo federal, competência:

I - concorrente para instaurar e julgar PAR; e

II - exclusiva para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.

§ 1º A Controladoria-Geral da União poderá exercer, a qualquer tempo, a competência prevista no **caput**, se presentes quaisquer das seguintes circunstâncias:

I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente;

II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;

III - complexidade, repercussão e relevância da matéria;

IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou

V - apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.

§2º Ficam os órgãos e entidades da administração pública obrigados a encaminhar à Controladoria-Geral da União todos os documentos e informações que lhes forem solicitados, incluídos os autos originais dos processos que eventualmente estejam em curso.

Art. 14. Compete à Controladoria-Geral da União instaurar, apurar e julgar PAR pela prática de atos lesivos à administração pública estrangeira, o qual seguirá, no que couber, o rito procedimental previsto neste Capítulo.

CAPÍTULO II

DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DOS ENCAMINHAMENTOS JUDICIAIS

Seção I

Disposições gerais

Art. 15. As pessoas jurídicas estão sujeitas às seguintes sanções administrativas, nos termos do [art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013](#):

I - multa; e

II - publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora.

Art. 16. Caso os atos lesivos apurados envolvam infrações administrativas à [Lei nº 8.666, de 1993](#), ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública e tenha ocorrido a apuração conjunta prevista no art. 12, a pessoa jurídica também estará sujeita a sanções administrativas que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública, a serem aplicadas no PAR.

Seção II

Da Multa

Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I - um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;

II - um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;

III - um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;

IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;

V - cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#), em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e

VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:

- a) um por cento em contratos acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- b) dois por cento em contratos acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);
- c) três por cento em contratos acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);
- d) quatro por cento em contratos acima de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e
- e) cinco por cento em contratos acima de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I - um por cento no caso de não consumação da infração;

II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;

III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;

IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e

V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Art. 19. Na ausência de todos os fatores previstos nos art. 17 e art. 18 ou de resultado das operações de soma e subtração ser igual ou menor a zero, o valor da multa corresponderá, conforme o caso, a:

I - um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

II - R\$ 6.000,00 (seis mil reais), na hipótese do art. 22.

Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, o qual também conterá a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.

§ 1º Em qualquer hipótese, o valor final da multa terá como limite:

I - mínimo, o maior valor entre o da vantagem auferida e o previsto no art. 19; e

II - máximo, o menor valor entre:

- a) vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

b) três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida.

§ 2º O valor da vantagem auferida ou pretendida equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.

§ 3º Para fins do cálculo do valor de que trata o § 2º, serão deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido.

Art. 21. Ato do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União fixará metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o [art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013](#).

Parágrafo único. Os valores de que trata o **caput** poderão ser apurados, entre outras formas, por meio de:

I - compartilhamento de informações tributárias, na forma do [inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966](#); e

II - registros contábeis produzidos ou publicados pela pessoa jurídica acusada, no país ou no estrangeiro.

Art. 22. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração ao PAR, os percentuais dos fatores indicados nos art. 17 e art. 18 incidirão:

I - sobre o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, excluídos os tributos, no ano em que ocorreu o ato lesivo, no caso de a pessoa jurídica não ter tido faturamento no ano anterior ao da instauração ao PAR;

II - sobre o montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano em que ocorreu o ato lesivo; ou

III - nas demais hipóteses, sobre o faturamento anual estimável da pessoa jurídica, levando em consideração quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas no **caput**, o valor da multa será limitado entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Art. 23. Com a assinatura do acordo de leniência, a multa aplicável será reduzida conforme a fração nele pactuada, observado o limite previsto no [§ 2º do art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013](#).

§ 1º O valor da multa previsto no **caput** poderá ser inferior ao limite mínimo previsto no [art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013](#).

§ 2º No caso de a autoridade signatária declarar o descumprimento do acordo de leniência por falta imputável à pessoa jurídica colaboradora, o valor integral encontrado antes da redução de que trata o **caput** será cobrado na forma da Seção IV, descontando-se as frações da multa eventualmente já pagas.

Seção III

Da Publicação Extraordinária da Decisão Administrativa Sancionadora

Art. 24. A pessoa jurídica sancionada administrativamente pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nos termos da [Lei nº 12.846, de 2013](#), publicará a decisão administrativa sancionadora na forma de extrato de sentença, cumulativamente:

I - em meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional;

II - em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo mínimo de trinta dias; e

III - em seu sítio eletrônico, pelo prazo de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio.

Parágrafo único. A publicação a que se refere o **caput** será feita a expensas da pessoa jurídica sancionada.

Seção IV

Da Cobrança da Multa Aplicada

Art. 25. A multa aplicada ao final do PAR será integralmente recolhida pela pessoa jurídica sancionada no prazo de trinta dias, observado o disposto nos §§ 1º e 3º do art. 11.

§ 1º Feito o recolhimento, a pessoa jurídica sancionada apresentará ao órgão ou entidade que aplicou a sanção documento que ateste o pagamento integral do valor da multa imposta.

§ 2º Decorrido o prazo previsto no **caput** sem que a multa tenha sido recolhida ou não tendo ocorrido a comprovação de seu pagamento integral, o órgão ou entidade que a aplicou encaminhará o débito para inscrição em Dívida Ativa da União ou das autarquias e fundações públicas federais.

§ 3º Caso a entidade que aplicou a multa não possua Dívida Ativa, o valor será cobrado independentemente de prévia inscrição.

Seção V

Dos Encaminhamentos Judiciais

Art. 26. As medidas judiciais, no País ou no exterior, como a cobrança da multa administrativa aplicada no PAR, a promoção da publicação extraordinária, a persecução das sanções referidas nos [incisos I a IV do caput do art. 19 da Lei nº 12.846, de 2013](#), a reparação integral dos danos e prejuízos, além de eventual atuação judicial para a finalidade de instrução ou garantia do processo judicial ou preservação do acordo de leniência, serão solicitadas ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados.

Art. 27. No âmbito da administração pública federal direta, a atuação judicial será exercida pela Procuradoria-Geral da União, com exceção da cobrança da multa administrativa aplicada no PAR, que será promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Parágrafo único. No âmbito das autarquias e fundações públicas federais, a atuação judicial será exercida pela Procuradoria-Geral Federal, inclusive no que se refere à cobrança da multa administrativa aplicada no PAR, respeitadas as competências específicas da Procuradoria-Geral do Banco Central.

CAPÍTULO III

DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Art. 28. O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na [Lei nº 12.846, de 2013](#), e dos ilícitos administrativos previstos na [Lei nº 8.666, de 1993](#), e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração.

Art. 29. Compete à Controladoria-Geral da União celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal e nos casos de atos lesivos contra a administração pública estrangeira.

Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá:

I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;

II - ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo;

III - admitir sua participação na infração administrativa

IV - cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; e

V - fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa.

§ 1º O acordo de leniência de que trata o **caput** será proposto pela pessoa jurídica, por seus representantes, na forma de seu estatuto ou contrato social, ou por meio de procurador com poderes específicos para tal ato, observado o disposto no [art. 26 da Lei nº 12.846, de 2013](#).

§ 2º A proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR.

Art. 31. A proposta de celebração de acordo de leniência poderá ser feita de forma oral ou escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e solicitações da Controladoria-Geral da União durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta.

§ 1º A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União.

§ 2º Poderá ser firmado memorando de entendimentos entre a pessoa jurídica proponente e a Controladoria-Geral da União para formalizar a proposta e definir os parâmetros do acordo de leniência.

§ 3º Uma vez proposto o acordo de leniência, a Controladoria-Geral da União poderá requisitar os autos de processos administrativos em curso em outros órgãos ou entidades da administração pública federal relacionados aos fatos objeto do acordo.

Art. 32. A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de apresentação da proposta.

Parágrafo único. A critério da Controladoria-Geral da União, poderá ser prorrogado o prazo estabelecido no **caput**, caso presentes circunstâncias que o exijam.

Art. 33. Não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação, ressalvado o disposto no § 1º do art. 31.

Art. 34. A pessoa jurídica proponente poderá desistir da proposta de acordo de leniência a qualquer momento que anteceda a assinatura do referido acordo.

Art. 35. Caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a

negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência.

Art. 36. O acordo de leniência estipulará as condições para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, do qual constarão cláusulas e obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, repute-se necessárias.

Art. 37. O acordo de leniência conterá, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre:

I - o compromisso de cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II a V do **caput** do art. 30;

II - a perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo;

III - a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo, nos termos do [inciso II do caput do art. 585 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#); e

IV - a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Art. 38. A Controladoria-Geral da União poderá conduzir e julgar os processos administrativos que apurem infrações administrativas previstas na [Lei nº 12.846, de 2013](#), na [Lei nº 8.666, de 1993](#), e em outras normas de licitações e contratos, cujos fatos tenham sido noticiados por meio do acordo de leniência.

Art. 39. Até a celebração do acordo de leniência pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, a identidade da pessoa jurídica signatária do acordo não será divulgada ao público, ressalvado o disposto no § 1º do art. 31.

Parágrafo único. A Controladoria-Geral da União manterá restrito o acesso aos documentos e informações comercialmente sensíveis da pessoa jurídica signatária do acordo de leniência.

Art. 40. Uma vez cumprido o acordo de leniência pela pessoa jurídica colaboradora, serão declarados em favor da pessoa jurídica signatária, nos termos previamente firmados no acordo, um ou mais dos seguintes efeitos:

I - isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora;

II - isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público;

III - redução do valor final da multa aplicável, observado o disposto no art. 23; ou

IV - isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos [art. 86 a art. 88 da Lei nº 8.666, de 1993](#), ou de outras normas de licitações e contratos.

Parágrafo único. Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integrarem o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que tenham firmado o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

CAPÍTULO IV

DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#); e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;

III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;

IV - o setor do mercado em que atua;

V - os países em que atua, direta ou indiretamente;

VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e

VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o **caput**.

§ 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do **caput**.

§ 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo.

§ 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

CAPÍTULO V

DO CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS E DO CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS PUNIDAS

Art. 43. O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS conterá informações referentes às sanções administrativas impostas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a administração pública de qualquer esfera federativa, entre as quais:

I - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública, conforme disposto no [inciso III do caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993](#);

II - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, conforme disposto no [inciso IV do caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993](#);

III - impedimento de licitar e contratar com União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme disposto no [art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#);

IV - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme disposto no [art. 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#);

V - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública, conforme disposto no [inciso IV do caput do art. 33 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](#); e

VI - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, conforme disposto no [inciso V do caput do art. 33 da Lei nº 12.527, de 2011](#).

Art. 44. Poderão ser registradas no CEIS outras sanções que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública, ainda que não sejam de natureza administrativa.

Art. 45. O Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP conterá informações referentes:

I - às sanções impostas com fundamento na [Lei nº 12.846, de 2013](#); e

II - ao descumprimento de acordo de leniência celebrado com fundamento na [Lei nº 12.846, de 2013](#).

Parágrafo único. As informações sobre os acordos de leniência celebrados com fundamento na [Lei nº 12.846, de 2013](#), serão registradas no CNEP após a celebração do acordo, exceto se causar prejuízo às investigações ou ao processo administrativo.

Art. 46. Constarão do CEIS e do CNEP, sem prejuízo de outros a serem estabelecidos pela Controladoria-Geral da União, dados e informações referentes a:

I - nome ou razão social da pessoa física ou jurídica sancionada;

II - número de inscrição da pessoa jurídica no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ ou da pessoa física no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF;

III - tipo de sanção;

IV - fundamentação legal da sanção;

V - número do processo no qual foi fundamentada a sanção;

VI - data de início de vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção ou data de aplicação da sanção;

VII - data final do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando couber;

VIII - nome do órgão ou entidade sancionador; e

IX - valor da multa, quando couber.

Art. 47. A exclusão dos dados e informações constantes do CEIS ou do CNEP se dará:

I - com fim do prazo do efeito limitador ou impeditivo da sanção; ou

II - mediante requerimento da pessoa jurídica interessada, após cumpridos os seguintes requisitos, quando aplicáveis:

a) publicação da decisão de reabilitação da pessoa jurídica sancionada, nas hipóteses dos incisos II e VI do **caput** do art. 43;

b) cumprimento integral do acordo de leniência;

c) reparação do dano causado; ou

d) quitação da multa aplicada.

Art. 48. O fornecimento dos dados e informações de que tratam os art. 43 a art. 46, pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de cada uma das esferas de governo, será disciplinado pela Controladoria-Geral da União.

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 49. As informações referentes ao PAR instaurado no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal serão registradas no sistema de gerenciamento eletrônico de processos administrativos sancionadores mantido pela Controladoria-Geral da União, conforme ato do Ministro

de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

Art. 50. Os órgãos e as entidades da administração pública, no exercício de suas competências regulatórias, disporão sobre os efeitos da [Lei nº 12.846, de 2013](#), no âmbito das atividades reguladas, inclusive no caso de proposta e celebração de acordo de leniência.

Art. 51. O processamento do PAR não interfere no seguimento regular dos processos administrativos específicos para apuração da ocorrência de danos e prejuízos à administração pública federal resultantes de ato lesivo cometido por pessoa jurídica, com ou sem a participação de agente público.

Art. 52. Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações e procedimentos complementares para a execução deste Decreto.

Art. 53. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 18 de março de 2015; 194^o da Independência e 127^o da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Luís Inácio Lucena Adams

Valdir Moysés Simão

Este texto não substitui o publicado no DOU de 19.3.2015

ANEXO C - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 7 DE ABRIL DE 2015

Estabelece metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o artigo 6º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

O MINISTRO DE ESTADO CHEFE DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e o art. 21 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015,

R E S O L V E:

Art. 1º Para o cálculo da multa a que se refere o inciso I do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, o faturamento bruto compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

Art. 2º Para os contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, o faturamento bruto compreende a receita bruta de que trata o § 1º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 3º Excluem-se do faturamento bruto os tributos de que trata o inciso III do § 1º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

Art. 4º Os valores de que tratam os arts. 1º a 3º poderão ser apurados, entre outras formas, por meio de:

I - compartilhamento de informações tributárias, na forma do inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; e

II - registros contábeis produzidos ou publicados pela pessoa jurídica acusada, no país ou no estrangeiro.

Art. 5º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

VALDIR MOYSÉS SIMÃO

ANEXO D - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 2, DE 7 DE ABRIL DE 2015

Regula o registro de informações no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP.

O MINISTRO DE ESTADO CHEFE DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso das competências que lhe conferem o art. 48 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, e considerando os arts. 22 e 23 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013,

R E S O L V E:

Art. 1º O registro de informações no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, regulamentada por meio do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, seguirá o disposto nesta Instrução Normativa.

CAPÍTULO I**DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 2º As informações a serem registradas ou atualizadas no CEIS e no CNEP deverão ser prestadas à Controladoria-Geral da União – CGU por meio do Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, disponível no sítio eletrônico “www.ceiscadastro.cgu.gov.br”.

Art. 3º Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo poderão se cadastrar no Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, mediante solicitação de habilitação a ser feita no sítio eletrônico de que trata o art. 2º.

Art. 4º Compete à Corregedoria-Geral da União – CRG gerir e definir os procedimentos operacionais e a política de uso do CEIS, do CNEP e do Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP.

Art. 5º As informações constantes na base de dados do CEIS e do CNEP serão divulgadas no Portal da Transparência do Governo Federal, disponível no sítio eletrônico “www.portaldatransparencia.gov.br”.

CAPÍTULO II**DO CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS – CEIS**

Art. 6º Para fins do disposto no art. 23 da Lei nº 12.846, de 2013, os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de cada uma das esferas de governo registrarão e manterão atualizadas, no CEIS, informações relativas a todas as sanções administrativas por eles impostas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, como:

I - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, conforme disposto no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666, de 1993;

II - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, conforme disposto no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993;

III - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme disposto no art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002;

IV - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme disposto no art. 47 da Lei nº 12.462, de 2011;

V - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, conforme disposto no art. 33, inciso V, da Lei nº 12.527, de 2011; e

VI - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, conforme disposto no art. 33, inciso IV, da Lei nº 12.527, de 2011.

Parágrafo único. Poderão também ser registradas no CEIS sanções:

I - que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, ainda que não sejam de natureza administrativa; e

II - aplicadas por organismos internacionais, agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais de que o Brasil seja parte, que limitem o direito de pessoas físicas e jurídicas celebrarem contratos financiados com recursos daquelas organizações, nos termos de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional.

CAPÍTULO III

DO CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS PUNIDAS – CNEP

Art. 7º Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de cada uma das esferas de governo registrarão e manterão atualizadas, no CNEP, informações relativas aos acordos de leniência e às sanções por eles aplicadas com base na Lei nº 12.846, de 2013.

§ 1º As informações sobre os acordos de leniência celebrados com fundamento na Lei nº 12.846, de 2013, serão registradas no CNEP após a celebração do acordo, exceto se causar prejuízo às investigações ou ao processo administrativo.

§ 2º O descumprimento do acordo de leniência será registrado no CNEP, permanecendo tal informação no referido Cadastro pelo prazo de três anos, nos termos do art. 16, § 8º, da Lei nº 12.846, de 2013.

Capítulo IV

DOS REGISTROS DE INFORMAÇÕES

Art. 8º O CEIS e o CNEP conterão, conforme o caso, as seguintes informações:

I - nome ou razão social da pessoa física ou jurídica;

II - número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ;

III - sanção aplicada, celebração do acordo de leniência ou seu descumprimento;

IV - fundamentação legal da decisão;

V - número do processo no qual foi fundamentada a decisão;

VI - data de início da vigência do efeito limitador ou impeditivo da decisão ou data de aplicação da sanção, de celebração do acordo de leniência ou de seu descumprimento;

VII - data final do efeito limitador ou impeditivo da decisão;

VIII - nome do órgão ou entidade sancionadora ou celebrante do acordo de leniência; e

IX - valor da multa.

Parágrafo único. Os registros de acordos de leniência deverão conter informações relativas a seus efeitos.

Art. 9º O registro de penalidade que contar com a informação de data final do efeito limitador ou impeditivo da punição será automaticamente retirado do CEIS ou do CNEP na data indicada.

Parágrafo único. As pessoas físicas e jurídicas que tiverem penalidades registradas no CEIS com fundamento no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993, no art. 33, inciso V, da Lei nº 12.527, de

2011, ou em quaisquer outras normas que exijam reabilitação, deverão pleiteá-la diretamente no órgão ou entidade que aplicou a sanção, cabendo exclusivamente a este a atualização do Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP.

Art. 10. As informações relativas a acordo de leniência permanecerão no CNEP até a data da declaração do seu cumprimento pela autoridade competente.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 11. O registro e o conteúdo de informações abarcadas pelo CEIS e pelo CNEP são de responsabilidade dos órgãos ou entidades habilitadas no Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP.

Art. 12. A CGU poderá atualizar o CEIS e o CNEP com informações de que tiver conhecimento por outros meios oficiais, como decisões judiciais e publicações em diários oficiais.

Art. 13. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

VALDIR MOYSÉS SIMÃO

ANEXO E - PORTARIA CGU Nº 909, DE 7 DE ABRIL DE 2015

Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas.

O MINISTRO DE ESTADO CHEFE DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, com fundamento no disposto no § 4º do art. 42 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015,

RESOLVE:

Art. 1º Os programas de integridade das pessoas jurídicas, para fins da aplicação do disposto no inciso V do art. 18 e no inciso IV do art. 37 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, serão avaliados nos termos desta Portaria.

Art. 2º Para que seu programa de integridade seja avaliado, a pessoa jurídica deverá apresentar:

I - relatório de perfil; e

II - relatório de conformidade do programa.

Art. 3º No relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá:

I - indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior;

II - apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores;

III - informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores;

IV - especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando:

a) importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades; b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica; c) frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público;

V - descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e

VI - informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Art. 4º No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá:

I - informar a estrutura do programa de integridade, com:

a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do caput do art. 42 do Decreto nº 8.420, de 2015, foram implementados; b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea "a" deste inciso foram implementados; c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea "a" deste inciso, frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

II - demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e

III - demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.

§ 1º A pessoa jurídica deverá comprovar suas alegações, devendo zelar pela completude, clareza e organização das informações prestadas.

§ 2º A comprovação pode abranger documentos oficiais, correios eletrônicos, cartas, declarações, correspondências, memorandos, atas de reunião, relatórios, manuais, imagens capturadas da tela de computador, gravações audiovisuais e sonoras, fotografias, ordens de compra, notas fiscais, registros contábeis ou outros documentos, preferencialmente em meio digital.

Art. 5º A avaliação do programa de integridade, para a definição do percentual de redução que trata o inciso V do art. 18 do Decreto nº 8.420, de 2015, deverá levar em consideração as informações prestadas, e sua comprovação, nos relatórios de perfil e de conformidade do programa.

§ 1º A definição do percentual de redução considerará o grau de adequação do programa de integridade ao perfil da empresa e de sua efetividade.

§ 2º O programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei nº 12.846, de 2013, não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução de que trata o caput.

§ 3º A concessão do percentual máximo de redução fica condicionada ao atendimento pleno dos incisos do caput do art. 4º.

§ 4º Caso o programa de integridade avaliado tenha sido criado após a ocorrência do ato lesivo objeto da apuração, o inciso III do art. 4º será considerado automaticamente não atendido.

§ 5º A autoridade responsável poderá realizar entrevistas e solicitar novos documentos para fins da avaliação de que trata o caput deste artigo.

Art. 6º Para fins do disposto no inciso IV do art. 37 do Decreto nº 8.420, de 2015, serão consideradas as informações prestadas, e sua comprovação, nos relatórios de perfil e de conformidade do programa de integridade.

Art. 7º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação

VALDIR MOYSÉS SIMÃO

ANEXO F - PORTARIA Nº 910, DE 7 DE ABRIL DE 2015

Define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

O MINISTRO DE ESTADO CHEFE DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e tendo em vista o disposto no § 2º do art. 8º, no caput do art. 9º e no §10 do art. 16 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e no art. 52 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015,

R E S O L V E:

Art. 1º O processo administrativo para apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica e os procedimentos para a celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, regulamentada por meio do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, seguirá o disposto nesta Portaria.

CAPÍTULO I**DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 2º A apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, com observância do disposto no Decreto nº 8.420, de 2015, e nesta portaria.

§ 1º Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conforme disposto no art. 12 do Decreto nº 8.420, de 2015, aplicando-se o rito procedimental previsto nesta portaria.

§ 2º Na ausência de indícios de autoria e materialidade suficientes para subsidiar a instauração de PAR, poderá ser instaurada investigação preliminar, de caráter

sigiloso e não punitivo, conforme disposto nos §§ 1º a 5º do art. 4º do Decreto nº 8.420, de 2015.

CAPÍTULO II**DA COMPETÊNCIA PARA INSTAURAR, AVOCAR E JULGAR**

Art. 3º A Controladoria-Geral da União – CGU possui, em relação à prática de atos lesivos à administração pública nacional, no âmbito do Poder Executivo federal, competência:

I - concorrente para instaurar e julgar PAR; e

II - exclusiva para avocar PAR instaurado para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhe o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.

§ 1º A competência prevista no inciso I do caput será exercida em razão de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente;

II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;

III - complexidade, repercussão e relevância da matéria;

IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou a entidade lesada; ou

V - apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.

§ 2º A competência concorrente de que trata o inciso I do caput poderá ser exercida pela CGU a pedido do órgão ou entidade lesada, nas hipóteses previstas nos incisos II a V do § 1º.

§ 3º A competência exclusiva para avocar PAR prevista no inciso II do caput será exercida pelo Ministro de Estado Chefe da CGU.

Art. 4º A CGU possui competência privativa para apurar atos lesivos contra ela praticados.

Art. 5º A competência para julgar PAR instaurado ou avocado pela CGU é do Ministro de Estado Chefe da CGU.

Parágrafo único. Ficam delegadas as seguintes competências, nos termos do §§ 1º e 2º do art. 8º e do art. 9º da Lei nº 12.846, de 2013, e do art. 4º do Decreto nº 8.420, de 2015:

I - ao Corregedor-Geral da União para:

a) instaurar investigação preliminar; e

b) decidir pelo arquivamento de denúncia ou representação infundada, ou de investigação preliminar, no caso de inexistência de indícios de autoria e materialidade; e

II - ao Secretário-Executivo para instaurar PAR.

Art. 6º No âmbito da CGU, a Corregedoria-Geral da União - CRG prestará apoio técnico e administrativo ao processo de investigação preliminar e ao PAR.

Art. 7º O PAR avocado terá continuidade a partir da fase em que se encontra, podendo ser designada nova comissão.

§ 1º Serão aproveitadas todas as provas já carreadas aos autos, salvo as eivadas de nulidade absoluta.

§ 2º Compete ao Corregedor-Geral da União instaurar procedimento disciplinar, ou, conforme o caso, propor ao Ministro de Estado Chefe da CGU que represente ao Presidente da República para apuração da responsabilidade de autoridade omissa quanto à instauração de PAR.

Art. 8º Compete exclusivamente à CGU instaurar, apurar e julgar PAR pela prática de atos lesivos à administração pública estrangeira.

CAPÍTULO III

DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Art. 9º A investigação preliminar constitui procedimento de caráter preparatório que visa a coletar indícios de autoria e materialidade para verificar o cabimento da instauração de PAR.

§ 1º A investigação preliminar será dispensável caso presentes indícios de autoria e materialidade suficientes à instauração do PAR.

§ 2º No caso de denúncia não identificada que contenha elementos mínimos de autoria e materialidade será instaurada, de ofício, investigação preliminar para verificar a verossimilhança dos fatos denunciados.

§ 3º A investigação preliminar será conduzida por comissão composta por, no mínimo, dois servidores efetivos, que exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, podendo utilizar-se de todos os meios probatórios admitidos em lei para a elucidação dos fatos.

§ 4º O processo de investigação preliminar será instaurado por meio de despacho que indicará, dentre os membros da comissão, aquele que exercerá a função de presidente.

§ 5º O prazo para conclusão da investigação preliminar não excederá sessenta dias e poderá ser

prorrogado por igual período, mediante solicitação justificada do presidente da comissão à autoridade instauradora.

§ 6º A comissão de investigação preliminar deverá elaborar relatório conclusivo quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade relacionados à responsabilização administrativa de pessoa jurídica pela prática de atos lesivos à administração pública, devendo recomendar a instauração de PAR ou o arquivamento da matéria, conforme o caso.

§ 7º Encerrados os trabalhos da comissão de investigação preliminar, o processo será remetido à autoridade instauradora, que poderá determinar a realização de novas diligências, o arquivamento da matéria ou a instauração de PAR.

CAPÍTULO IV

DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO DO PAR

Art. 10. No ato de instauração do PAR, a autoridade competente designará comissão composta por dois ou mais servidores estáveis.

§ 1º A instauração do PAR dar-se-á por meio de portaria publicada no Diário Oficial da União, que conterá:

I - o nome, o cargo e a matrícula dos membros integrantes da comissão;

II - a indicação do membro que presidirá a comissão;

III - o número do processo administrativo onde estão narrados os fatos a serem apurados; e

IV - o prazo para conclusão do processo.

§ 2º Os integrantes da comissão do PAR deverão observar as hipóteses de impedimento e suspeição previstas nos art. 18 a 20 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e o dever previsto no art. 4º da Lei nº 12.813, de 2013.

§ 3º O prazo para a conclusão do PAR não excederá cento e oitenta dias, admitida prorrogação por meio de solicitação do presidente da comissão à autoridade instauradora, que decidirá de forma fundamentada.

Art. 11. A comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade.

Parágrafo único. Será assegurado o sigilo, sempre que necessário à elucidação do fato e à preservação da imagem dos envolvidos ou quando exigido pelo interesse da administração pública, garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 12. As intimações serão feitas por meio eletrônico, via postal ou por qualquer outro meio que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada.

§ 1º Os prazos serão contados a partir da data da cientificação oficial, observado o disposto no Capítulo XVI da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

§ 2º Caso não tenha êxito a intimação de que trata o caput, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da federação em que a pessoa jurídica tenha sede, e no sítio eletrônico do órgão ou entidade, contando-se o prazo a partir da última data de publicação do edital.

§ 3º Em se tratando de pessoa jurídica que não possua sede, filial ou representação no País e sendo desconhecida sua representação no exterior, frustrada a intimação nos termos do caput, será feita nova intimação por meio de edital publicado na

imprensa oficial e no sítio eletrônico do órgão ou entidade, contando-se o prazo a partir da última data de publicação do edital.

Art. 13. Instalada a comissão, será a pessoa jurídica intimada da abertura do PAR para

acompanhar todos os atos instrutórios.

§ 1º A pessoa jurídica poderá acompanhar o PAR por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos.

§ 2º É vedada a retirada dos autos da repartição pública, sendo autorizada a obtenção de cópias mediante requerimento.

Art. 14. A comissão procederá à instrução do PAR podendo utilizar-se de todos os meios probatórios admitidos em lei, bem como realizar quaisquer diligências necessárias à elucidação dos fatos.

Parágrafo único. Os atos processuais poderão ser realizados por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, na forma disciplinada pela Instrução Normativa CGU nº 12, de 1º de novembro de 2011.

Art. 15. A comissão, para o devido e regular exercício de suas funções, poderá:

I - propor à autoridade instauradora a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação;

II - solicitar a atuação de especialistas com notório conhecimento, de órgãos e entidades públicos ou de outras organizações, para auxiliar na análise da matéria sob exame; e

III - solicitar, por intermédio da autoridade instauradora, ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados que requeira as medidas necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior.

Art. 16. Tipificado o ato lesivo, com a especificação dos fatos e das respectivas provas, a comissão intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretenda produzir.

Parágrafo único. Caso haja a juntada de novas provas pela comissão, a pessoa jurídica poderá apresentar alegações escritas a respeito delas no prazo de dez dias, contado da intimação de juntada.

Art. 17. Concluídos os trabalhos de apuração e a análise da defesa escrita, a comissão elaborará relatório final a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas, explicitando o valor da multa, ou o arquivamento do processo.

Parágrafo único. Transcorrido o prazo de defesa de que trata o caput do art. 16 sem que a pessoa jurídica tenha se manifestado, a comissão procederá à

elaboração do relatório final com base exclusivamente nas provas produzidas e juntadas no PAR.

Art. 18. Concluído o relatório final, a comissão intimará a pessoa jurídica para, querendo, manifestar-se no prazo máximo de dez dias.

Art. 19. A comissão, por meio da autoridade instauradora, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público para apuração de eventuais delitos.

Art. 20. Após o encerramento dos trabalhos pela comissão, o PAR será remetido para manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, previamente ao julgamento pela autoridade competente.

Art. 21. A decisão administrativa proferida pela autoridade competente ao final do PAR será publicada no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do respectivo órgão ou entidade.

Parágrafo único. As penalidades aplicadas serão incluídas no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP e no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, conforme o

caso.

Art. 22. Verificada a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, sem prejuízo da comunicação prevista no art. 19 desta Portaria, o PAR será encaminhado:

I - à Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados ou ao órgão de representação judicial equivalente;

II - aos demais órgãos competentes, conforme o caso.

Art. 23. Da decisão administrativa sancionadora cabe pedido de reconsideração com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.

§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las em trinta dias, contados do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.

§ 2º A autoridade competente terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.

§ 3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.

§ 4º Feito o recolhimento da multa, na forma prevista na decisão, a pessoa jurídica sancionada apresentará documento que ateste seu pagamento integral.

§ 5º Não efetuado o pagamento da multa ou no caso de pagamento parcial, a autoridade instauradora, nos termos do art. 25 do Decreto nº 8.420, de 2015, encaminhará o débito para:

I - inscrição em Dívida Ativa da União ou das autarquias e fundações públicas; ou

II - promoção de medidas cabíveis para cobrança do débito.

Art. 24. O PAR instaurado para apurar a prática de atos lesivos à administração pública estrangeira seguirá, no que couber, o rito procedimental previsto neste Capítulo.

CAPÍTULO V

DA SUPERVISÃO DA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DE PESSOA JURÍDICA NO PODER EXECUTIVO FEDERAL

Art. 25. Cabe à CRG acompanhar e supervisionar a atividade de responsabilização administrativa de pessoa jurídica exercida pelos órgãos e entidades do Poder Executivo federal.

Parágrafo único. A CRG poderá realizar visitas técnicas e inspeções nos órgãos e entidades sob sua supervisão com a finalidade de orientar e avaliar a atividade de responsabilização de pessoas jurídicas.

Art. 26. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão:

I - atender prontamente às solicitações de informações da CRG, encaminhando cópias ou remetendo os autos originais de processos de investigação preliminar e de responsabilização administrativa de pessoa jurídica, concluídos ou em curso;

II - manter atualizadas as informações referentes aos processos de investigação preliminar e de responsabilização administrativa de pessoa jurídica, nos termos definidos pela CGU.

CAPÍTULO VI

DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Art. 27. O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº

8.666, de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração:

- I - a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quando couber; e
- II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração.

Art. 28. A proposta de acordo de leniência apresentada nos termos do art. 31 do Decreto nº 8.420, de 2015, será dirigida à Secretaria-Executiva da CGU.

§1º A pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e solicitações da CGU durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta.

§2º O processo de acordo de leniência receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos membros da comissão de que trata o inciso I do art. 29 e a outros servidores designados como assistentes técnicos, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou o compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da CGU.

Art. 29. Uma vez apresentada a proposta de acordo de leniência, o Secretário-Executivo da CGU:

I - designará, por despacho, comissão responsável pela condução da negociação do acordo, composta por no mínimo dois servidores públicos efetivos e estáveis;

II - supervisionará os trabalhos relativos à negociação do acordo de leniência, podendo participar das reuniões relacionadas à atividade de negociação;

III - poderá solicitar os autos de processos administrativos de responsabilização em curso na CGU ou em outros órgãos ou entidades da administração pública federal, relacionados aos fatos objeto do acordo; e

IV - adotará as providências necessárias para o cumprimento dos normativos do Tribunal de Contas da União.

Parágrafo único. O Secretário-Executivo da CGU poderá solicitar a indicação de servidor ou empregado do órgão ou entidade lesado para integrar a comissão de que trata o inciso I do caput.

Art. 30. Compete à comissão responsável pela condução da negociação do acordo de leniência:

I - esclarecer à pessoa jurídica proponente os requisitos legais necessários para a celebração de acordo de leniência;

II - avaliar os elementos trazidos pela pessoa jurídica proponente que demonstrem:

a) ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;

b) a admissão de sua participação na infração administrativa;

c) o compromisso de ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo; e

d) a efetividade da cooperação ofertada pela proponente às investigações e ao processo administrativo;

III - propor a assinatura de memorando de entendimentos;

IV - proceder à avaliação do programa de integridade, caso existente, nos termos de regulamento específico da CGU;

V - propor cláusulas e obrigações para o acordo de leniência que, diante das circunstâncias do caso concreto, reputem-se necessárias para assegurar:

- a) a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo;
- b) o comprometimento da pessoa jurídica em promover alterações em sua governança que mitiguem o risco de ocorrência de novos atos lesivos;
- c) a obrigação da pessoa jurídica em adotar, aplicar ou aperfeiçoar programa de integridade; e
- d) o monitoramento eficaz dos compromissos firmados no acordo de leniência;

VI - submeter ao Secretário-Executivo da CGU relatório conclusivo acerca das negociações, sugerindo, de forma motivada, quando for o caso, a aplicação dos efeitos previstos pelo art. 40 do Decreto nº 8.420, de 2015, e o valor da multa aplicável.

§1º A comissão responsável pela condução da negociação poderá solicitar à Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção – STPC manifestação sobre a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento e a avaliação do programa de integridade de que tratam os incisos IV e V, alínea c, do art. 30 .

§2º A avaliação do programa de integridade de que trata o inciso IV do art. 30 poderá aproveitar, naquilo que couber, avaliação previamente iniciada ou concluída em sede de PAR.

Art. 31. Após manifestação de interesse da pessoa jurídica em colaborar com a investigação ou a apuração de ato lesivo previsto na Lei nº 12.846, de 2013, poderá ser firmado memorando de entendimentos com a CGU para formalizar a proposta e definir os parâmetros do acordo de leniência.

Art. 32. A qualquer momento que anteceda à celebração do acordo de leniência, a pessoa jurídica proponente poderá desistir da proposta ou a CGU rejeitá-la.

Parágrafo único. A desistência da proposta de acordo de leniência ou sua rejeição:

- I - não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado pela pessoa jurídica;
- II - implicará a devolução, sem retenção de cópias, dos documentos apresentados, sendo vedado o uso desses ou de outras informações obtidas durante a negociação para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública tiver conhecimento deles por outros meios; e
- III - não será divulgada, ressalvado o disposto no § 2º do art. 28.

Art. 33. O acordo de leniência conterá, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre:

- I - a delimitação dos fatos e atos por ele abrangidos;
- II - o compromisso de cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II a V do caput do art. 30 do Decreto nº 8.420, de 2015;
- III - a perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo;
- IV - a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo, nos termos do Código de Processo Civil; e
- V - a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade.

§ 1º O acordo de leniência estabelecerá o prazo e a forma de acompanhamento, pela CGU, do cumprimento das condições nele estabelecidas.

§ 2º A celebração do acordo de leniência não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

Art. 34. A CRG deverá manter atualizadas no CNEP as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

Art. 35. A celebração do acordo de leniência:

- I - isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art.

19 da Lei nº 12.846, de 2013;

II - reduzirá em até 2/3 (dois terços), nos termos do acordo, o valor da multa aplicável, prevista no inciso I do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013; e

III – isentará ou atenuará, nos termos do acordo, as sanções administrativas previstas nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666, de 1993, ou de outras normas de licitações e contratos.

§ 1º Os benefícios previstos no caput ficam condicionados ao cumprimento do acordo.

§ 2º Os benefícios do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integrem o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que tenham firmado o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

Art. 36. No caso de descumprimento do acordo de leniência:

I - a pessoa jurídica perderá os benefícios pactuados e ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos, contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento;

II - o PAR, referente aos atos e fatos incluídos no acordo, será retomado; e

III - será cobrado o valor integral da multa, descontando-se as frações eventualmente já pagas.

Parágrafo único. O descumprimento do acordo de leniência será registrado no CNEP.

Art. 37. Concluído o acompanhamento de que trata o parágrafo único do art. 33, o acordo de leniência será considerado definitivamente cumprido por meio de ato do Ministro de Estado Chefe da CGU, que declarará:

I - a isenção ou cumprimento das sanções previstas nos incisos I e III do art. 35;

II - o cumprimento da sanção prevista no inciso II do art. 35; e

III - a atendimento, de forma plena e satisfatória, dos compromissos assumidos de que tratam os incisos I e IV do art. 37 do Decreto nº 8.420, de 2015.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 38. Caso a pessoa jurídica presente em sua defesa de PAR instaurado pela CGU informações e documentos referentes à existência e aplicação de

programa de integridade, a comissão processante poderá solicitar avaliação da matéria pela STPC.

Art. 39. No âmbito da CGU, não efetuado o pagamento da multa ou no caso de pagamento parcial, a CRG encaminhará o débito para inscrição em Dívida Ativa da União ou para a órgão ou entidade lesado para adoção das medidas previstas no art. 25 do Decreto nº 8.420, de 2015.

Art. 40. A decisão acerca da instauração, condução e encerramento da investigação preliminar, do PAR e do acordo de leniência não poderá, nos termos do artigo 5 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000, ser influenciada:

I - por considerações de interesse econômico nacional;

II - pelo efeito potencial nas relações do Brasil com outros estados estrangeiros; ou

III - pela identidade de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas.

Art. 41. Aplicam-se no âmbito exclusivo da CGU os Capítulos II e V e os arts 38 e 39.

Art. 42. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO G - LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013

Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I**DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição

para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

CAPÍTULO II

DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. [\(Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

§ 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do [art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação. [\(Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

Seção I

Da Colaboração Premiada

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o [art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu

defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Art. 5º São direitos do colaborador:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do

representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

Seção II

Da Ação Controlada

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Seção III

Da Infiltração de Agentes

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no [art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999](#), bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Seção IV

Do Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Art. 16. As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens.

Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

Seção V

Dos Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção da Prova

Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

CAPÍTULO III

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Os crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no [Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#), observado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

Art. 24. O art. 288 do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Associação Criminosa

[Art. 288.](#) Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.” (NR)

Art. 25. O art. 342 do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 342.

[Pena](#) - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

.....” (NR)

Art. 26. Revoga-se a [Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995](#).

Art. 27. Esta Lei entra em vigor após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 2 de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.8.2013 - Edição extra*